DIE RÖMISCHE PRIVATAUKTION

zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht

Teildruck der

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin, 1961.

vorgelegt von

Georg Thielmann

Assessor in

Berlin 1961

DIE RÖMISCHE PRIVATAUKTION

zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht

Teildruck der
Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Georg Thielmann
Assessor in
Berlin 1960

4546/61

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Ulrich von Lübtow

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Arwed Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1961

Inhalt

Literatur IV

Abkürzungen XVIII

I. Ursprung der Privatauktion und ihre Abgrenzung von ähnlichen Vorgängen und Institutionen. Ihre Verbreitung und ihr äußeres Bild nach den Quellen 1

1. Die Abgrenzung der Auktion von der Submission und der addictio in diem 1

2. Öffentlich-rechtliche und private Versteigerungen. Herkunft der Auktion aus dem öffentlichen Recht? 10

3. Die frühesten die Auktion betreffenden römischen Quellen 39

4. Die Auktion gegen Ende der Republik und in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit 48

5. Unmittelbare Zeugnisse von den römischen Auktionen 60

a) Die pompejanischen Quittungstafeln 60

b) Die lex metalli Vipascensis 65

6. Die Auktion bei den juristischen Schriftstellern 95

II. Emptio venditio 101

1. Die rechtliche Wirkung der bei der Auktion abgegebenen Erklärungen 101

2. Die Parteien des Vertrages 114

III. Die Stipulation des Kaufpreises durch den argentarius 169

1. Die Parteien der 'argentaria stipulatio' der lex metalli Vipascensis 169

2. Die Stipulationen in den pompejanischen Quittungen 173

3. Die sogenannten exceptiones argentariae 182

a) Die exceptio mercis non traditae 182

b) Die exceptio pecuniae pensatae 189

aa) Die Klage des Kunden gegen den Bankier 189

bb) Ansichten der Literatur über andere Anwendungsfälle der exceptio pecuniae pensatae 204

cc) Weitere Anwendungsfälle der exceptio pecuniae pensatae 207

aaa) Das agere cum compensatione 207

bbb) Das agere cum deductione 201

ccc) Die Kompensation in den bonae fidei iudicia 223

c) Das Verhältnis zwischen den exceptiones 'argentariae' und der exceptio doli 241

4. Notwendigkeit und Form der Stipulation auf den Kaufpreis 247

5. Die Wirkungen der Stipulation oder Expensilation des Kaufpreises 253

a) Die Wirkungen der Stipulation 253

aa) Die "titulierte" Stipulation 253

bb) Die "nichttitulierte" Stipulation 258

b) Die Wirkungen der Expensilation 260

IV. Die Beziehungen zwischen dominus auctionis und argentarius 266

1. Locatio conductio - aestimatum 266

2. Receptum argentarii 273

3. Die Stipulation des Erlöses 274

4. Gefahrtragung 288

5. Merces 291

V. Die Übertragung des Eigentums an der versteigerten Sache auf den Käufer 297

1. Der Erwerb des Eigentums an der versteigerten Sache durch den Käufer 297

2. Haftung des Bankiers bei Veräußerung dem dominus auctionis nicht gehörender Sachen 300

VI. Die Besteuerung der Auktionen 315

1. Die allgemeine Kaufsteuer 315

2. Die centesima argentariae stipulationis der lex metalli Vipascensis 319

VII. Mißbräuche bei den Auktionen 327

Literatur

Emilio Albertario	Studi di diritti romano. Vol. 3. Obbligazioni. Milano 1936
Ilario Alibrandi	Del concorso delle azioni. Opere giuridiche e storiche. Vol.1. Roma 1896. S. 163 ff.
Luigi Amirante	Il giuramento. Napoli 1954
G. Appert	Essai sur l'évolution du contrat littéral et sur la place qui'il a tenu chez les Romains. RH 1932, S. 619 ff.
Charles Appleton	La date des Digesta de Julien. NRH 1910, 713 ff.
	Historie de la compensation en droit romain. Paris 1895
Vincenzo Arangio-Ruiz	Besprechung von Bolla, Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum. SDHI 8, S.319 ff.
	La compravendita in diritto romano. Vol.1. Ristampa inalterata della seconda edizione. Napoli 1956. Vol.2. Napoli 1954
	L'exceptio in diminuzione della condanna. Modena 1930
	Fontes iuris romani antejustiniani. Pars tertia. Negotia. Florentiae 1943
	Istituzioni di diritto romano. 14.ed.Napoli 1960
	Il mandato in diritto romano. Napoli 1949
	La società in diritto romano. Napoli 1950
	Les tablettes d'Herculaneum. Rev.int.1 (1948), S.9 ff.
	Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale. Studi in onore di Enrico Redenti. Vol.1. Milano 1951. S. 113 ff.
Adolf Baumbach und Wolfgang Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. 25. Aufl. München und Berlin 1958

August Bechmann	Der Kauf nach gemeinem Recht. 1.Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876. 2. Teil: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 1.Abth. Erlangen 1884. 3.Teil: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2.Abth., 1. Hälfte. Leipzig 1905. 2. Hälfte, aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von Paul Oertmann. Leipzig 1908
R. Beigel	Rechnungswesen und Buchführung der Römer. Karlsruhe 1904
Ernst Immanuel Bekker	Die Aktionen des römischen Privatrechts. Band 1. Ius civile. Berlin 1871
	Über die leges locationis bei Cato de re rustica. ZRG 3, S. 416 ff.
Berger	Interdictum. RE IX, 2 (18.Halbb.) Sp.1609 ff.
Gernard von Beseler	Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. 1.Heft. Tübingen 1910. 2.Heft.Tübingen 1911. 3. Heft. Tübingen 1913. 4. Heft. Tübingen 1920
	Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque. ZSSt. 45, S. 456 ff.
	Et ideo - declarare - hic. ZSSt. 51, S. 54 ff.
	Fruges et paleae. Scritti in onore di Contardo Ferrini. Vol.3. Milano 1948. S. 256 ff.
	Juristische Miniaturen. Leipzig 1929
	Miscellanea. ZSSt. 45, S. 188 ff.
	Miscellanea critica. ZSSt. 43, S. 415 ff.
	Miscellanea Graecoromana. Studi in onore di Pietro Bonfante. Vol.2. Milano 1930, S.51 ff.
	Einzelne Stellen. ZSSt. 46, 267 ff.
	Einzelne Stellen. ZSSt. 47, S. 55 ff.
	Romanistische Studien. Tijdschrift 8, S. 279 ff.
	Romanistische Studien. Tijdschrift 10, S. 161 ff.

	Romanistische Studien. ZSSt. 54, S. 1 ff
	Textkritische Studien. ZSSt. 52, S. 31 ff.
	Unklassische Wörter. ZSSt. 56, S. 26 ff.
M.A. von Bethmann-Hollweg	Der römische Civilprozeß. 2. Band. Formulare. Bonn 1865
Julius Binder	Die Bergwerke im römischen Staatshaushalte. Jahresberichte 1880. S. 3 ff.; 1881, S. 3 ff.
Biondo Biondi	La compensazione nel diritto romano. Cortona 1927
	'Iudicia bonae fidei'. Ann. Pal. 7, S. 3 ff.
Ludwig Birkel	Der Versteigerungsvertrag. Diss. Erlangen 1938
Karl Birkmeyer	Die Exceptionen im bonae fidei judicium. Erlangen 1874.
Arwed Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht. 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Hugo Blümner	Die römischen Privatalterthümer. München 1911
Gustav Bochmer	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. 2. Buch. 2. Abt. Tübingen 1952
Sybille Bolla	Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium. Morawitz 1938
Pietro Bonfante	Sulla "exceptio rei venditae et traditae". Scritti giuridici varii II. Proprietà e servitù. Torino 1926. S. 450 ff.
	Istituzioni di diritto Romano 10. ed. Torino 1951
Franco Bonifacio	La novazione nel diritto romano. 2. ed. Napoli 1959
Ugo Brasiello	L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano. Rivista italiana per le scienze giuridiche 1927, S. 529 ff.; 1928, S. 1 ff.
Lujo Brentano	Das Wirtschaftsleben der antiken Welt. Jena 1929

Aloiz Brinz	Besprechung von Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht, KritVJSchr.19, S.321 ff.
	Die Lehre von der Compensation. Leipzig 1849
G. Broggini	Iudex arbiterve. Köln und Graz 1957
Heinrich von Brunn	Vom Kartellrecht der Römer. Recht und Wirtschaft - Festschrift für Justus-Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag. Berlin 1958.S.47 ff.
Karl Georg Bruns	Fontes iuris romani antiqui. Post curas Theodori Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas septimum edidit Otto Gradenwitz. Pars prior. Leges et negotia. Tübingae 1909.
	Die pompejanischen Wachstafeln. ZRG 15, S.360 ff.
F. Bücheler	Zur lex metalli Vipascensis. Archiv f.lat.Lexig.2 (1885), S.605 ff.
F. Buonamici	Sulle literarum obligationes dell' antico diritto romano. Archgiur. 1876, S. 1 ff.
Alberto Burdese	Autorizzazione ad alienare in diritto romano. Torino 1950
	Di un particolare caso di applicazione della 'restitutio in integrum'. Festschrift Fritz Schulz. 1.Band. Weimar 1951. S. 74 ff.
F. Caillemer	Un commissaire-priseur à Pompéi au temps de Néron. NRH 1877, S.397 ff.
Francesco Carnelutti	La prova civile. 2.ed.Roma 1947
Cohn	Sind nach dem BGB pacta de non licitando zulässig? DJZ 1901, S.24 f.
Emilio Costa	Cicerone giureconsulto. Vol.1. Nuova ed. Bologna 1927
Edouard Cuq	Un règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien. Mélanges Gérardin. Paris 1907. S. 87 ff.
Hans Dechange	Die öffentliche Versteigerung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss.Köln 1934
G.Demelius	Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis. ZSSt. 4, S.33 ff.
	Plautinische Studien.ZRG 2,S.177 ff.

Heinrich Dernburg	Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte. 2.Aufl. Heidelberg 1868.
	Pandekten. 2. Band. 7.Aufl. Berlin 1903
	System des römischen Rechts. Der Pandekten 8., umgearbeitete Aufl.,bearbeitet von Paul Sokolowski. 2.Teil. Berlin 1912
Hermann Dessau	Inscriptiones latinae selectae. Vol.II.Pars I. Berolini 1902
Karl-Egon Dickmann	Die Ankündigung von Versteigerungen, mit besonderer Berücksichtigung der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, culpa in contrahendo. Diss.Erlangen 1930
Gerhard Dulckeit	Römische Rechtsgeschichte. 2.Aufl. München und Berlin 1957
Rudolf Düll	Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris. ZSSt. 57, S.76 ff.
O.Eger	Eine Wachstafel aus Ravenna aus dem zweiten Jahrhundert nach Chr. ZSSt. 42, S. 452 ff.
Fridolin Eisele	Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. ZSSt. 18, S.1 ff.
	Besprechung von Appleton, Histoire de la compensation en droit Romain. ZSSt. 17, S. 348 ff.
	Besprechung von Stampe, Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium. Krit. VJSchr.29, S. 37 ff.
	Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876
	Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. ZSSt. 21,S.1 ff.
	Zur Geschichte der Compensation.ZRG 10, S.465 ff.
	Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. AcP 79, S.327 ff.
	Weitere Studien zum Texte der Digesten. ZSSt. 30, S.99 ff.
Friedrich Endemann	Römisches Privatrecht. Berlin und Leipzig 1925

Ludwig Enneccerus	Recht der Schuldverhältnisse. 15.Bearbeitung von Heinrich Lehmann. Tübingen 1958
Walter Erdmann	Über das nomina facere per tabulas plurium sive interpositis parariis. ZSSt. 63, S.396 ff.
Heinrich Erman	Wie weit war die exceptio rei venditae et traditae decretal? ZSSt. 14, S. 237 ff.
	Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte. Berlin 1883
	Die pompejanischen Wachstafeln. ZSSt. 20, S. 172 ff.
Contardo Ferrini	La colonia partiaria. Opere die Contardo Ferrini. Vol.3. Milano 1929. S. 6 ff.
	Sulla exceptio rei venditae et traditae. Opere di Contardo Ferrini.Vol.3. Milano 1929, S. 275 ff.
Kurt Fitzler	Steinbrüche und Bergewerke im ptolemäischen und römischen Ägypten. Leipzig 1910
Jaques Flach	La table de bronze d'Ajustrel.NRH 1878, S. 645 ff.
Pietro de Francisci	Συναλλαγμα. Vol.1.Pavia 1913. Vol.2. Pavia 1916.
John Henry Freese	Marcus Tullius Cicero, The Speeches, 2.Pro Publio Quinctio, ... With an English tranlation by John Henry Freese. London 1930
Benno Frese	Zur Lehre von der Quittung. ZSSt.18, S.241 ff.
Paolo Frezza	La capacità delle donne all'esercizio della tutela nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi, Aegyptus 11, S. 363 ff.
Ludwig Friedlaender - Georg Wissowa	Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, 1.Band. 9.Aufl.Leipzig 1919
F.M.Ritter von Friese	Das römische Berggesetz von Vipasca. ÖstZtschr. 1887, S.317 ff.
Alois Früchtl	Die Geldgeschäfte bei Cicero. Diss. Erlangen 1912

J.G. Fuchs	Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft. Basel 1952
Fuld	Die Rechtsunwirksamkeit des Pactum de non licitando. Bl.f.Rechtsanwendung 70 (1905), S.592 ff.
Léon Gallet	Essai sur Valère-Maxime, VIII,2,2. RH 1942, S. 35 ff.
Otto Geib	Theorie der gerichtlichen Compensation. Tübingen 1897
Karl Ernst Georges	Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch. 2. Band I - Z. 7. Aufl.Leipzig 1880
Paul Gide	Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain Paris 1879
Julius von Gierke	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8.Aufl. Berlin 1958
Paul Frédéric Girard	Manuel élémentaire de droit romain 8eme ed. revue et mise à jour par Félix Senn. Paris 1929
Ch. Giraud	La table de bronze d'Aljustrel. Journsav.1877, S. 240 ff.
Christian Friedrich von Glück	Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar. Band XVI. Erlangen 1814 - 1815. Band XXXII. Erlangen 1829
Jaques Gonvers	L'exceptio rei venditae et traditae. Thèse de license de doctorat. Lausanne 1939
Rolf Grabower	Die Geschichte der Umsatzsteuer und ihre gegenwärtige Gestaltung im Inland und Ausland. Berlin 1925
Otto Gradenwitz	Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887
Giuseppe Grosso	Il sistema romano dei contratti. 2.ed.Torino 1950
Andrea Guarneri Citati	Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata. Bullettino 33, S. 204 ff.
Hermann Hadenfeldt	Die Mobiliarversteigerung nach gemeinem Recht. Diss.Erlangen 1899

Franz Haymann	Früchte und Zinsen beim Kauf. AcP 130, S. 129 ff.
	Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht. ZSSt. 41, S. 44 ff.
Philipp Heck	Der altrömische Litteralkontrakt. AcP 116, S. 129 ff.
Fritz M. Heichelheim	Wirtschaftsgeschichte des Altertums Band 1, Leiden 1938
Rudolf Henle	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Teil 1. Berlin 1926
	Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage. Festschrift Paul Koschaker. 2. Band. Weimar 1939. S. 169 ff.
	Unterstellung und Versicherung. Mannheim, Berlin und Leipzig 1922
Ernst Heymann	Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht. Berlin 1932
Heumanns	Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. In 9. Aufl. neu bearbeitet von E. Seckel. Jena 1907
Otto Hirschfeld	Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian. 2. Aufl. Berlin 1905
Joseph Hirst	Mining Operations of the Ancient Romans with Special Reference to blast Furnaces. Arch. Journal 1885, S. 20 ff.
J. B. Hofmann	s. Alois Walde....
Rudolf Freiherr von Holzschuher	Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Band. 3. Aufl. Leipzig 1864.
Hruza	Besprechung von: Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte. Grünhuts Zeitschr. XII (1885), S. 249 ff.
Emil Hübner	Römische Herrschaft in Westeuropa. Berlin 1890
	Lex metalli Vipascensis. Ephemeris epigraphica. CIL. Supplementum (additamentum ad corporis vol. II). Romae et Berolini 1877, S. 165 ff.

Ph. E. Huschke	**Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen.** Leipzig 1855
	Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazugehörigen Materien. Stuttgart 1882
Rudolph von Ihering	Bemerkungen zur Abhandlung I. über die Lehre von den Versteigerungen. IherJahrb. 7, S.166 ff.
	Bemerkungen zu obiger Entgegnung. IherJahrb.7, S. 376 ff.
	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil.8.Aufl.Darmstadt 1954 (unveränderter fotomechanischer Nachdruck der letzten Vorauflage)
	Vorgeschichte der Indoeuropäer. Leipzig 1894
Günther Jahr	Litis contestatio. Köln und Graz 1960
Beatrice Jenny	Der römische Ritterstand während der Republik. Diss. Zürich 1936
Paul Jörs	Cervidius Scaevola. RE III 2 (6. Halbb.), Sp. 1983 ff.
	Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin 1927
Emil Jüngst und Paul Thielscher	Catos Keltern und Kollergänge. Bonner Jahrb. 157 (1957), S. 53 ff.
Hans-Erich Kaden	Ein Beitrag zur Lehre von der bedingten Novation. ZSSt. 44, S.164 ff.
Otto Karlowa	Besprechung von Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden. Grünnuts Zeitschr.IV (1877), S. 502 ff.
	Römische Rechtsgeschichte.1.Band. Leipzig 1885. 2.Band. Leipzig 1901
	Der römische Zivilprozeß zur Zeit der Legisactionen. Berlin 1872
Max Kaser	Besprechung von Rezzonico, Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico. ZSSt.76,S.608 ff.
	Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß. ZSSt. 71, S. 221 ff.

	Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht. 2.Aufl.Köln und Graz 1956
	Das altrömische Ius.Göttingen 1949
	Die lex Aebutia. Studi in memoria di Emilio Albertario. Voll. Milano 1953. S. 25 ff.
	Mores maiorum und Gewohnheitsrecht. ZSSt.59,S.52 ff.
	Das römische Privatrecht.1.Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München 1955
	2. Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen. München 1959
	Zum Ursprung des geteilten Zivilprozeßverfahrens.Festschrift für Leopold Wenger. 1.Band.München 1944.S.106 ff.
	Die Wirkungen der 'dotis dictio'.SDHI 17, S.169 ff.
Keil	Commentarius in Catonis de agricultura librum. Lipsiae 1894
Keller	Ein Beitrag zu der Lehre von dem römischen Literal-Contracte. Sell's Jahrb. 1 (1841), S.93 ff.
E.Kindervater	Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung. IherJahrb.7,S.1 ff.
	Entgegnungen auf die Bemerkungen Iherings zu der Abhandlung I.über die Lehre von den Versteigerungen.Iher-Jahrb.3, S. 356 ff.
Theodor Kipp	Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen. ZSSt.42, S. 328 ff.
	Geschichte der Quellen des Römischen Rechts. 4. Auflage. Leipzig und Erlangen 1919
	Das römische Recht. Berlin 1931
Klingmüller	Sectio. RE II A 1 (2.Reihe, 3.Halbb.), Sp.982
Ferdinand Kniep	Argentaria stipulatio. Festgabe der Juristenfakultät Jena für August Thon. Jena 1911. S.1 ff.
	Gai institutionum commentarius tertius. §§ 88 - 225 (Obligationenrecht).Text mit Erklärungen und Anhängen. Jena 1917
	Societas publicanorum. 1.Band.Jena 1896

Arthur Kohler	Die Resolutivbedingung. ArchBürR, 15, S. 1 ff.
Paul Koschaker	Besprechung von Kretschmar, Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte. ZSSt. 30, S. 459 ff.
	Besprechung von Mispoulet, Le régime des mines à l'époque Romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel. ZSSt.30, S. 462 ff.
	Fr.4.32 D.44.4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano. IURA 4, S. 1 ff.
	Europa und das römische Recht.3.Auflage. München und Berlin 1958
	Bedingte Novation und pactum im römischen Recht. Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte - Festschrift für Gustav Hanausek. Graz 1925. S.113 ff.
Fr.Kracht	Verstoßen Bietungsabkommen gegen das GWB? NJW 1958, S. 490 f.
Hans Kreller	Besprechung bon Biondi, La compensazione nel diritto romano. ZSSt. 49, S. 506 ff.
	Besprechung von: Burdese, Autorizzazione ad alienare in diritto romano. IURA 2, S. 275 ff.
	Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung. Festschrift Paul Koschaker. 2.Band. Weimar 1939. S. 193 ff.
	In memoriam. Philipp Hecks Lebenswerk und die Romanistik. ZSSt. 64, S. 469 ff.
	Römische Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Tübingen 1948
	Das Rechtsinstitut der Stellvertretung. Jurist.Bl.70, S.221 ff.
Paul Kretschmar	Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte. Leipzig 1907
W. Kroll	Licitatio. RE XIII 1 (25.Halbb.) Sp. 506
Hugo Krüger	Beiträge zur Lehre von der exceptio doli. 1.Heft. Halle 1892
	Besprechung von Frezza, Osservazioni sopra il sistema di Sabino. ZSSt. 55, S. 388 ff.

	Besprechung von F.Leonhard, Die Aufrechnung; Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation; Liebknecht, Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen nach gemeinem Recht; Siber, Compensation und Aufrechnung. Grünhuts Ztschr. XXVI (1898/99), S. 750 ff.
	Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia. ZSSt. 11,S.165 ff.
	Bemerkungen zu Bethmann-Hollweg's Civilprozeß des gemeinen Rechts. ZRG 7, S. 208 ff.
Paul Krüger	Bemerkungen zu der Replik Dr.Schirmers in Sachen des linum testamenti incisum. ZSSt. 8, S. 109 ff.
	Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts. 2.Aufl.München und Leipzig 1912
Bernhard Kübler	Besprechung der Mélanges Gérardin. ZSSt.30, 419 ff.
	Besprechung von Schönbauer,Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts. ZSSt. 49, S. 571 ff.
	Geschichte des römischen Rechts. Leipzig und Erlangen 1925
	Submissio. RE IV A 1 (2.Reihe, 7. Halbb.), Sp. 483 f.
Wolfgang Kunkel	Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht. Festschrift Paul Koschaker. 2.Band.Weimar 1939. S. 1 ff.
	Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen.Weimar 1952
	Römisches Privatrecht. Auf Grund des Werkes von Paul Jörs neu bearbeitet. 3.Aufl.Berlin, Göttingen und Heidelberg 1949
Adolf Last	Fragen der Besitzlehre. Jena 1913 = IherJahrb.62, 1 ff.; 63,71 ff
Lastig	Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts. ZHR 24, S. 387 ff.
Karl Lehmann	Lehrbuch des Handelsrechts. 1.Band. 3.Aufl.von Heinrich Hoeniger. Berlin und Leipzig 1921
B.W.Leist	Zur Geschichte der römischen societas. Jena 1881
Otto Lenel	Das edictum perpetuum. 3.Auflage. Leipzig 1927

	Palingenesia iuris civilis. Vol.prius. Vol.alterum. Lipsiae 1889
	Quellenforschungen in den Ediktskommentaren. ZSSt. 4, S. 113 ff.
Friedrich Lent	Zivilprozeßrecht. 9.Aufl.München und Berlin 1959
Leonhard	Codex accepti et expensi. RE IV 1 (7. Halbb.), Sp. 160 f.
Franz Leonhard	Die Aufrechnung. Göttingen 1896
	Allgemeines Schuldrecht des BGB (Das Schuldrecht des BGB, 1.Band). München und Leipzig 1929
Rudolf Leonhard	Die actio de incerta quantitate. Mélanges P.F.Girard. Tome 2. Paris 1912. S.85 ff.
Ernst Levy	Besprechung der Studi in onore di Silvio Perozzi. ZSSt. 46, S. 413 ff.
	Beweislast im klassischen Recht. IURA 3, S. 155 ff.
	Zur nachklassischen in integrum restitutio. ZSSt. 68, S. 360 ff.
	Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht. 1.Band.Berlin 1918. 2. Band, 1.Hälfte. Berlin 1922
	Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs. Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel. Lipsiae 1931. S. 108 ff. s.a. Emil Seckel
J.Ph.Levy	Essai sur la promesse de donation en droit romain. Rev.int.3 (1949), S.91 ff.
Carlo Longo	Sulla 'in diem addictio' e sulla 'lex commissoria' nella vendita. Bullettino 31, S.40 ff.
	L'origine della successione particolare. Bullettino 14, S.127 ff.
Philipp Lotmar	Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896
Ulrich von Lübtow	Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht. Berlin 1952

	Catos leges venditioni et locationi dictae. EOS XLVIII 3 (Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae III). Varsaviae et Vratislaviae 1957. S. 227 ff. Nachtrag Warszawa 1958
	Der Ediktstitel 'quod metus causa gestum erit'. Greifswald und Bamberg 1932
	Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts. Studi in onore die Pietro Francisci. Vol.1. Milano 1956. S. 405 ff.
	Hand wahre Hand. Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41.Deutschen Juristentag in Berlin. Berlin und Frankfurt a.M.1955. S.139 ff.
	Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers. JZ 1960, S. 151 ff.
	De iustitia et iure. ZSSt. 66, S.458 ff.
	Zum Nexumproblem. ZSSt.67, S.112 ff.
	Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht. Frankfurt am Main 1955
Joachim Marquardt	Römische Staatsverwaltung.2.Band.3. Aufl.Darmstadt 1957 (unveränderter fotomechanischer Nachdruck der 2.Aufl. Leipzig 1881)
Matteo Marrone	L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano. Ann.Pal.24, S.5 ff.
Theo Mayer-Maly	Locatio conductio.Wien und München 1956.
Philippe Meylan	Acceptilation et paiement. Recueil de travaux publié par la Faculté de Droit ... à Lausanne. 1934. S. 71 ff.
	L'origine de la vente consensuelle. Vortrag vor der Société d'Histoire du Droit.Sitzungsbericht in RH 1931, S. 787 f.
	Le paiement du prix et le transfert de la chose vendue en droit romain classique.Studi in onore di Pietro Bonfante. Vol.1. Milano 1930.S.441 ff.
Franz Miltner	M.Porcius Cato Uticensis.RE XXII 1 (43.Halbb.), Sp.168 ff.
J.-B. Mispoulet	Le régime des mines à l'époque Romaine et au moyen age d'après les tables d'Aljustrel.NRH 1907,S.345 ff.; 491 ff.

Ludwig Mitteis	Über den Ausdruck 'potentiores' in den Digesten. Mélanges P.F.Girard.Tome 2. Paris 1912
	Über die Herkunft der Stipulation. Festschrift für E.I.Bekker.Weimar 1907. S.107 ff.
	Zur Interpolationenforschung. ZSSt.33, S.180 ff.
	Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. 1.Band.Leipzig 1908
	Trapezitika. ZSSt.19,S.198 ff.
Theodor Mommsen	Adnotationes.Ephemeris epigraphica. CIL. Supplementum (additamentum ad corporis vol.II). Romae et Berolini 1877. S.187 ff.
	Die römische Chronologie bis auf Caesar. Berlin 1858
	Decret des Commodus für den Saltus Burunitanus. Gesammelte Schriften von Theodor Mommsen. 1.Abt.3.Band. Berlin 1907. S. 153 ff.
	Römische Geschichte. 1.Band. 9.Aufl. Berlin 1903
	Die pompejanischen Quittungstafeln des L.Caecilius Iucundus.Gesammelte Schriften von Theodor Mommsen.1.Abt. 3.Band.Berlin 1907. S.221 ff.
	Römisches Staatsrecht.Band 1 und 2.4. Aufl.Tübingen 1952 (unveränderter fotomechanischer Nachdruck der letzten Vorauflage)
	Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica. Gesammelte Schriften von Theodor Mommsen. 1.Abt.1.Band. Berlin 1905. S.265 ff.
Werner Müller	Fr.50 D.de iure fisci 49, 14 ein Beitrag zum römischen Fiskalrecht.Diss. Leipzig 1927
Münzer	Ti.Claudius Centumalus.RE III 2 (6. Halbb.) Sp.2695
Hans Niedermeyer	Besprechung von Bolla,Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum. Göttinger Gelehrte Anzeigen 1941, S. 319 ff.
Th.Niemeyer	Besprechung von M.Voigt,Über die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer.ZSSt.11, S.312 ff.

Paul Oertmann	Die Rechtsbedingung. Leipzig 1924
	Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914
Olivier-Martin	Des divisions du louage en droit romain RH 1936, S.319 ff.
Alvaro d'Ors	In diem addictio. Anuario 16 (1945), S. 193 ff.
	Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'. SDHI 19, S. 134 ff.
Orth	Bergbau. RE Supplementband IV, Sp.108 ff.
Carl Ed.Otto, Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis (Herausgeber)	Das Corpus iuris civillis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter. 4. Band. Leipzig 1832
J.C.van Oven	Les actions issues de la stipulation. Tijdschrift 27, S.391 ff.
Otto Palandt (Herausgeber)	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz ... und anderen einschlägigen Vorschriften. 19. Auflage. München und Berlin 1960
Josef Partsch	Das Dogma im römischen und byzantinischem Rechte. Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften. Berlin 1931. S.3 ff.
	De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facti. Genève 1909
	Studien zur Negotiorum gestio. 1. Band. Heidelberg 1913
	Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa. Hermes 45 (1910), S.595 ff. = Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften. Berlin 1931, S. 141 ff.
Alfred Pernice	Zur Lehre von den Innominatcontracten (Besprechung von C.Accarias. Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis uerbis au Digeste). KritVJSchr.10, S.79 ff.
	Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. 2.Band.1. Abt.2.Aufl.Halle 1895. 3.Band.1.Abt. Halle 1892
	Parerga. ZSSt. 3, S.48 ff.
Silvio Perozzi	Istituzioni di diritto Romano. Vol.2. 2.ed.Roma 1928

Hans Peters	Generelle und spezielle Aktionen. ZSSt. 32, S.179 ff.
H.H.Pflüger	Ciceros Rede pro Q.Roscio comoedo. Leipzig 1904
Oskar Pisko	Handelsgesetze als Quellen des bürgerlichen Rechts. Wien 1935
Georges Platon	Les banquiers dans la législation de Justinien. NRH 1909, S.5 ff.; 137 ff.; 289 ff.
Gerhard Plaumann	Der Idioslogos. Berlin 1919
Fritz Pringsheim	Animus donandi. ZSSt. 42, S.27 ff.
	Eigentumsübergang beim Kauf. ZSSt. 50, S. 333 ff.
	Der Kauf mit fremdem Geld. Leipzig 1916
	The Greek Sale by Auction. Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione. Vol.4. Milano 1949. S.249 ff.
	Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver.3, 161. Studi in onore di Enrico Besta, I. Milano 1937 - 1939. S.323 ff.
Giuseppe Provera	Contributi alla teoria dei iudicia contraria. Torino 1951
	Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'. SDHI 8, 113 ff.
	La pluris petitio nel processo romano. Vol.1. La procedura formulare. Torino 1958
Georg Friedrich Puchta	Vorlesungen über das heutige römische Recht. Band 2. 5. Aufl. Leipzig 1863
Ernst Rabel	Grundzüge des römischen Privatrechts. 2.Aufl. Darmstadt 1955
	Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. 1.Teil. Leipzig 1902.
	Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915 - 1922. ZSSt. 46, S. 459 ff.
Camillo Re	La tavola Vipascense. Archgiur. 1879, S. 327 ff.
Ferdinand Regelsberger	Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Civilrechtliche Erörterungen. 1.Heft. Weimar 1868
W.Reuling	Noch ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung. IherJahrb.10, S.355 ff.

Renzo Rezzonico	Il procidimento di compensazione nel diritto romano classico. Basel 1958
Salvatore Riccobono	Dal diritto romano classico al diritto moderno. Ann.Pal.3/4, S.165 ff.
	Fontes iuris romani antejustiniani. Pars prima. Leges. Florentiae 1941
	Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustineaneo.ZSSt. 35, S. 214 ff.
	Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustineaneo. ZSSt. 43, S. 262 ff.
Riess	Aberglaube. aE I 1 (1.Halbb.) Sp.29 ff.
Rießer	Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines BGB. 1894
Walter Rohkrämer	Der Versteigerungsvertrag. Diss.Breslau 1919
Henry John Roby	Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines. Vol.2. Cambridge 1902
Römer	Das Rechtsgeschäft mit sich selbst. ZHR 19, S. 67 ff.
Walter Rösen	Die Versteigerung.Diss.Rostock 1902
Leo Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 8.Aufl.München und Berlin 1960
Michail Ivanovic Rostovcev	Geschichte der Staatspacht in der Römischen Kaiserzeit bis Diokletian. Leipzig 1902
	Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich. Band 2. Leipzig 1929
	Studien zur Geschichte des römischen Kolonats. Leipzig und Berlin 1910
Adolph August Friedrich Rudorff	Das Recht der Vormundschaft. 2.Band. Berlin 1833
Max Rümelin	Besprechung von Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17.Aufl. AcP 122, S.235 ff.
	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht.Freiburg i.Br. 1888

Roberto de Ruggiero	La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustineaneo. Studi in onore di Silvio Perozzi. Palermo 1925. S. 369 ff.
Carl Salkowski	Bemerkungen zur Lehre von den Juristischen Personen. Leipzig 1863
Botho von Salpius	Novation und Delegation. Berlin 1864
Richard Samter	Nichtförmliches Gerichtsverfahren. Weimar 1911
Cesare Sanfilippo	Pauli Decretorum libri tres. Milano 1938
Friedrich Karl von Savigny	Über den Literalcontract der Römer (1816 - 1818). Vermischte Schriften. 1. Band. Berlin 1850. S.205 ff.
	System des heutigen römischen Rechts. 5. Band. Berlin 1841
Bruno Schilling	s.Carl Ed. Otto ...
Johannes Theodor Schirmer	Zur Lehre von der bona fides und dem iustus titulus. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. 16.Band. 1858
	De voluntariis privatorum auctionibus apud veteres Romanos commentatio. Diss.Vratislaviae 1858
Siegmund Schloßmann	Zur Geschichte des römischen Kaufs. ZSSt. 24, S. 152 ff.
	Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. 1. Teil. Leipzig 1900. 2. Teil. Leipzig 1902
Friedrich Schmitt	Zur Arbeiterfrage in der römischen Landwirtschaft. Diss.München 1910
Ludwig Schnorr von Carolsfeld	Pluspetitio. RE XXI 1 (41.Halbb.), Sp. 516 ff.
Ernst Schönbauer	Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts. München 1929
	Vom Bodenrecht zum Bergrecht. ZSSt. 55, S.183 ff.
	Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis. ZSSt. 45, S.352 ff.
Friedrich Schulin	Über Resolutivbedingungen und Endtermine. Marburg 1875

Fritz Schulz	Besprechung der Studi dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi ZSSt. 48, S. 690 ff.
	Einführung in das Studium der Digesten. Tübingen 1916
	Die Epitome Ulpiani des codex Vaticanus reginae 1128. Bonn 1926
	Classical Roman Law. Oxford 1951
	Prinzipien des römischen Rechts. München und Leipzig 1934
	Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola. Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel. Lipsiae 1931. S.143 ff.
Andreas B.Schwarz	Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten. Leipzig 1920
Fritz Schwarz	Die Grundlagen der condictio im klassischen römischen Recht. Münster und Köln 1952
	Die Konträrklagen. ZSSt. 71, S.111 ff.
Vittorio Scialoja	Nota ad un punto controverso della lex metalli Vipascensis. Archgiur, 1880, S. 482 ff. = Vittorio Scialoja, Scritti giuridici, Vol.1. Roma 1933. S. 48 f.
Emil Seckel und Ernst Levy	Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht. ZSSt. 47, S. 117 ff.
A. de Senarclens	Etude sur l'in diem addictio. Université de Lausanne. Recueil publié par la Faculté de Droit à l'occasion de l'expesition nationale suisse. Lausanne 1896. S. 241 ff.
Félix Senn	L'in diem addictio .NRH 1913, S. 275 ff.
Heinrich Siber	Compensation und Aufrechnung. Leipzig 1899
	Confirmatio donationis. ZSSt. 53, S. 99 ff.
	Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. I.Römische Rechtsgeschichte. Berlin 1925, II.Römisches Privatrecht. Berlin 1928

	Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen. Studi in onore di Pietro Bonfante. Vol.4. Milano 1930. S. 103 ff.
Harald Sieg	Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel (in diem addictio) im römischen Kaufrecht. Hamburg 1933
Carl Friedrich Ferdinand Sintenis	Das practische gemeine Civilrecht. 2. Band. Leipzig 1847
	a.a.Carl Ld. Otto ...
Hans Theodor Soergel (Herausgeber)	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Band 2. 8.Aufl. Stuttgart 1952
Rudolph Sohm	Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger, 17.Aufl. Berlin 1949
Siro Solazzi	Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Bullettino 22, S.5 ff.
	La compensazione nel diritto romano. 2. ed. Napoli 1950
	L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano. Napoli 1935
	Sull'exceptio in diminuzione della condanna. Bullettino 42, S. 263 ff.
	L'istituto greco-egizio della madre ἐπιτροπὴ τῆς μητρός e il diritto romano. Atti Napoli 55 (1933)
	Procuratori senza mandato. Rendiconti 1923, S. 735 ff. = Siro Solazzi, Scritti di diritto romano, II (1913 - 1924). Napoli 1957. S. 569 ff.
	Ancora procuratori senza mandato. Rendiconti 1924, S. 302 ff. = Siro Solazzi, Scritti di diritto romano, II (1913 - 1924). Napoli 1957. S. 609 ff.
	Studi sull' 'actio de peculio'. Bullettino 17, S. 208 ff.
	In tema di divorzio. Bullettino 34, S. 1 ff.
Heinz Spangenberg	Untersuchungen über das Wesen des römischen Literalkonkrakts. Diss. Leipzig 1933
Richard Stäger	Der Steigerungskauf. Aarau 1916

Ernst Stampe	Causa und abstrakte Geschäfte. ZHR 55, S. 387 ff.
	Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium. Leipzig 1886
	Aus einem Freirechtslehrbuch. AcP 108, S. 42 ff.
Hermann Staub (Herausgeber)	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1 - 177). 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1932
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein und Martin Jonas. 18. Aufl. Bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle. 1.Band. Tübingen 1953
Steinwenter	Litterarum obligatio. RE XIII 1 (25. Halbb.), Sp. 786 ff.
Adolf Stölzel	Schulung für die zivilistische Praxis. Teil 2. 5. Aufl. Berlin 1914
	Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung. ZZP 24, S. 50 ff.
Otto Stobbe	Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Band. 3. Aufl. Berlin 1893
Emile Szlechter	Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome. Paris 1947
Ulf Täckholm	Studien über den Bergbau der römischen Kaiserzeit. Diss. Uppsala 1937
Mario Talamanca	Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico. Roma 1954
	La vendita all' incanto nel processo esecutivo romano. Studi in onore di Pietro Francisci, Vol.2. Milano 1956. S. 237 ff.
Paul Tentler	Die juristische Konstruktion der Versteigerung. Diss.Erlangen 1897
Paul Thielscher	s.Emil Jüngst ...
Hans Trumpler	Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen. Berlin 1906
Andreas von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2.Band.1.Hälfte Nachdruck Berlin 1957. 2.Hälfte. München und Leipzig 1918

Unger	Noch ein Wort zur Lehre von der Versteigerung. IherJahrb. 8, S. 134 ff.
Karl Adolph von Vangerow	Lehrbuch der Pandekten. 2. Band. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1867. 3. Band. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1869
Friedrich von Velsen	Das edictum provinciale des Gaius. ZSSt. 21, S. 73 ff.
Voelkel	Die beiden Erztafeln von Vipasca und das deutsche Bergrecht. ZtschrfBergr.1914, S.182 ff.
Fernand De Visscher	Le role de l'auctoritas dans La Mancipatio. RH 1933, S. 603 ff.
Moritz Voigt	Über die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer. Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. 10. Band. Leipzig 1888. S. 515 ff.
	Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer. 3. und 4. Teil. Leipzig 1875.
	Römische Rechtsgeschichte. 1.Band. Leipzig 1892
Hans Walsmann	Der Verzicht. Leipzig 1912
Alois Walde und J.B.Hofmann	Lateinisches etymologisches Wörterbuch. 3. Aufl.Heidelberg 1938 - 1954
Max Weber	Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht. Stuttgart 1891
	Agrarverhältnisse im Altertum. Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Tübingen 1924. S. 1 ff.
Eberhard Wehr	Probleme der gewerbsmäßigen freiwilligen Versteigerung unter besonderer Berücksichtigung der Ankündigung. Diss.Göttingen 1953 (Maschinenschrift)
Egon Weiß	Nomina transscripticia. RE XVII 1 (33.Halbb.), Sp. 822 ff.

Leopold Wenger	Besprechung von: Jaques Gonvers, L'exceptio rei venditae et traditae. ZSSt. 63, S. 484 ff.
	Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts. München 1925
	Praetor und Formel. München 1926
	Die Quellen des römischen Rechts. Wien 1953
	Recht der Griechen und Römer; in: Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abt. VIII, I: Allgemeine Rechtsgeschichte, 1. Hälfte. Leipzig und Berlin 1914
Gerhard Wesenberg	Verträge zugunsten Dritter. Weimar 1949
Wessner	Helenius Acron. RE VII 2 (14.Halbb.) Sp. 2840 f.
Franz Wieacker	Besprechung von: Arangio-Ruiz, La società in diritto romano. ZSSt. 69, S. 488 ff.
	Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts. ZSSt. 69, S. 302 ff.
	Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Band 1. Weimar 1936
	Lex commissoria. Berlin 1932
Lothar Wickert	Princeps. RE XXII 2 (24.Halbb.), Sp. 1998 ff.
G. Wilmanns	Die Römische Bergwerksordnung von Vipasca. ZtschrfBergr.1878, S.217 ff.
Berhard Windscheid - Theodor Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts.2.Band. 9.Aufl. Frankfurt a.M. 1906
Moriz Wlassak	Addicere. RE I (1.Halbb.), Sp.349 ff.
	Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. ZSSt. 25,S. 81 ff.
	Die klassische Prozeßformel. 1.Band. Wien und Leipzig 1924
Martin Wolff	Sachenrecht. 10.Bearbeitung von Ludwig Raiser. Tübingen 1957
Carl Zangemeister	Tabulae ceratae Pompeis repertae. CIL IV, Supplementum, pars. I. Berolini 1887. S. 275 ff.

Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Aegyptus	Aegyptus. Rivista italiana di egittologia e di papirologia
Ann.Pal.	Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo
Anuario	Anuario de derecho Espanol
ArchBüR.	Archiv für Bürgerliches Recht
Archgiur.	Archivio giuridico
Archiv f.lat. Lexik.	Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik
Arch.Journal	The Archeological Journal
Atti Napoli	Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche, Napoli
BB	Der Betriebsberater
BBB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.August 1896 (mit späteren Änderungen)
BGBl.I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
Bonner Jahrb.	Bonner Jahrbücher des Rheinischen Landesmuseums in Bonn (im Landschaftsverband Rheinland) und des Vereins von Altertumsfreunden im Rheinlande
Bullettino	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
CIL	Corpus inscriptionum latinarum
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DVO	Durchführungsverordnung
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870
Grünhuts Zeitschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut
Hermes	Hermes, Zeitschrift für klassische Philologie
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IherJahrb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. Ihering
Ind.itpl.	Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur

IURA	IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
Jahresberichte	Jahresberichte der Staats-Ober-Realschule in Laibach für die Schuljahre ...
Journsav.	Journal des savants
Jurist.Bl.	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KritVJSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRH	Nouvelle revue historique de droit francais et étranger
OLG	Oberlandesgericht; sowie: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
ÖstZtschr.	Österreichische Zeitschrift für Berg- und Hüttenwesen
Preuß.StGB	Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851
RE	Pauly's Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaften. Neue Bearbeitung. Stuttgart ab 1893
Rendiconti	Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere. Rendiconti
Rev.int.	Revue internationale des droits de l'antiquité
RG	Reichsgericht
RGBl. I	Reichsgesetzblatt, Teil 1
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RH	Revue historique de droit francais et étranger
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
Sell's Jahrb.	Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausgegeben von Karl Sell und Wilhelm Sell
Seuff.Arch.	J.A.Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten

StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.August 1953 (mit späteren Änderungen)
Tijdschrift	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit
Voc.	Vocabularium iurisprudentiae Romanae
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (mit späteren Änderungen)
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZSSt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
Ztschr.Bergr.	Zeitschrift für Bergrecht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (mit späteren Änderungen)
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß

b) Die exceptio pecuniae pensatae

aa) Die Klage des Kunden gegen den Bankier

Als dritte der sogenannten exceptiones argentariae führt Lenel[3] die exceptio pecuniae pensatae an. Sie wird in den Digesten nur einmal, nämlich bei Ulpian D.22,3,19,3, (l.7 disp.) erwähnt:

> Idem erit dicendum (nämlich daß der Beklagte den Tatbestand der exceptio beweisen muß) et si ea pecuniae petatur, quae pensata dicitur.

Sie muß demnach gelautet haben:

> si non ea pecunia petitur, quae pensata est.[4]

Das Fragment stammt aus dem l.7 der Disputationen Ulpians, wo er die exceptiones behandelt[5]. Es läßt, da die Stelle nicht das Edikt kommentiert, also keinen unmittelbaren Schluß auf die Stellung der exceptio pecuniae pensatae im Edikt zu. Nun stehen die exceptiones redhibitionis und mercis non traditae in Lenels Ediktsrekonstruktion allerdings an richtiger Stelle, wie ihre Behandlung im l.74 des Ediktskommentars von Ulpian ergibt[6]. Außerdem erörtert Ulpian in l.74 ad ed. die

---

3) Edictum, 504 f.
4) Lenel, Edictum, 505.
5) Lenel, Pal. II, Nr. 121.
6) Lenel, Pal. II, Nr. 1660, 1661.

exceptio procuratoria[1]. Diese demnach ediktale Einrede betrifft eine Klage alieno nomine[2], und man könnte deshalb einen sachlichen Zusammenhang mit der exceptio pecuniae pensatae, der ein Beieinanderstehen im Edikt rechtfertigt, darin sehen, daß auch der argentarius Geschäfte im fremden Interesse vornimmt.

Dieser Gesichtspunkt dürfte indessen zu vage sein, um ihn zum Ausgang einer Erklärung des Inhalts und der Stellung der exceptio pecuniae pensatae im Edikt zu machen. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß sich die Aufzählung der Einreden durch Ulpian D.22,3,19,3 an die Reihenfolge des Ediktes hält, wenn auch Ulpian nicht alle ediktalen Einreden in diesem Zusammenhang erwähnt.[3] Im l.75 ad ed. setzt Ulpian die Besprechung der Exzeptionen fort. Dort ist von der im l.7 disp. anschließend an die exceptio pecuniae pensatae aufgeführten exceptio rei iudicatae besonders ausführlich die Rede[4]. Soviel steht also jedenfalls fest, daß die exceptio pecuniae pensatae im Edikt irgendwo zwischen der exceptio procuratoria und der exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae) zu suchen ist[5]. Das bedeutet aber, daß sie zu jedem der auf den Abschnitt 'si alieno nomine agatur' folgenden Titeln gehört haben kann: si ex contractibus argentariorum agatur; temporis ('exceptio annalis'); ne praeiudicium hereditati fiat; rei iudicatae vel in iudicium deductae[6]. Endlich ist es nicht ausgeschlossen, daß sie zu einem verloren gegangenen, von Lenel nicht

---

1) Lenel, Edictum, 502; 503 N.13; Pal.II, Nr. 1659.
2) Vgl. im einzelnen Lenel, Edictum, 502 f.
3) Vgl. Lenel, Pal. II, Nr. 1650 ff.; Rezzonico, Compensazione, 35 f.
4) Lenel, Pal. II, Nr. 1665-1671; Edictum, 506 ff.
5) Rezzonico, Compensazione, 36.
6) Vgl. Lenel, Edictum, 502 ff.

aufgeführten Ediktstitel gehört hat. Damit dürfte jeder Versuch aussichtslos sein, den Sinn der exceptio pecuniae pensatae allein aus ihrem Zusammenhang in D.22,3,19,3 erschließen zu wollen.

Über ihre Bedeutung bestehen denn auch die unterschiedlichsten Meinungen, die neustens eingehend von Solazzi[1] und Rezzonico[2] gewürdigt werden. Dabei sind zunächst zwei Gruppen von Ansichten zu unterscheiden, von denen die eine der exceptio pecuniae pensatae einen Platz im Aufrechnungsrecht ganz allgemein anweist ohne Rücksicht darauf, ob ein Bankier an den fraglichen Geschäften beteiligt ist,[3] während die andere sie auf die Geschäfte der Argentarier beschränkt[4].

Speziell auf die Auktionsgeschäfte möchte Kniep[5], die exceptio pecuniae pensatae beschränken, und zwar für den Fall, daß der Bankier den Ersteher der versteigerten Sache auf den Kaufpreis verklagt und dieser sich auf Gegenforderungen beruft, die ihm zwar nicht gegen den argentarius, wohl aber gegen den dominus auctionis zustehen. Dieser Ansicht hält Lenel[6] mit Recht entgegen, daß ein derartig komplizierter Sachverhalt nicht aus den überlieferten Worten 'pecunia, quae pensata dicitur' herausgelesen werden kann. Knieps These setzt voraus, daß gegen Argentarierforderungen überhaupt mit der exceprio pecuniae pensatae aufgerechnet werden darf. Nun werden die folgenden Ausführungen ergeben, daß der Kunde

---

1) Compensazione, 41 ff.
2) Compensazione, 33 ff.
3) Eisele, Compensation, 248; KritVJSchr. 29, 40; Siber, Compensation, 65 f.; Kretschmar, Kompensation, 50; Biondi, Compensazione, 26 f.
4) Lenel, Edictum, 503 f.; Kniep, Festschrift Thon, 58 ff. Appleton, Compensation, 108 ff.; Kipp,ZSSt.42,332; Arangio-Ruiz, L'exceptio in diminuzione della condanna, 19; Solazzi, Compensazione, 41 ff.; Kaser, RPR I, 540; Rezzonico, Compensazione, 33 f.
5) Festschrift Thon,58 ff.
6) Edictum, 504 N.3

des Bankiers durch diese exceptio mittelbar eine Aufrechnung erzwingen konnte. Es kann nur noch darum gehen, ob diese Möglichkeit der "Aufrechnung" gegenüber dem Bankier im Sinne Knieps zu e r w e i t e r n ist. Dafür bieten die Quellen indessen nicht den geringsten Anhaltspunkt.

Lenel[1] nimmt die exceptio pecuniae pensatae ganz allgemein für die Aufrechnung des Kunden gegenüber dem Bankier in Anspruch. Ihm folgen Appleton[2], Kipp[3], Arangio-Ruiz[4] und Rezzonico[5]. Siber[6] hält diese Erklärung ebenfalls für möglich, glaubt aber, sie sei darüber hinaus die "gewöhnliche Compensationseinrede, mit der der Beklagte allegirt: die Klageforderung sei ... compensirt". Lenel sieht in ihr das Gegenstück zu der Pflicht des Bankiers, stets nur cum compensatione, also unter Abzug der Gegenforderungen des Kunden zu klagen[7]. In der Tat erscheint es höchst unbillig, wenn der Bankier seinem Kunden ohne Kompensationsrecht alle Forderungen erfüllen müßte, während er selbst nur cum compensatione klagen darf. Er liefe Gefahr, sein Geld bei einem insolventen Kunden zu verlieren, bevor er es von diesem wieder auf Grund und in Höhe seiner Gegenforderungen im Klagewege zurückerhalten könnte[8]. Daß der Bankier in diesem Zusammenhang irgendwie geschützt werden muß, liegt auf der Hand.

Gegen die Ansicht Lenels könnte man geltend machen, daß der Kunde mit der exceptio pecuniae pensatea im

---

1) Edictum, 502 f.
2) Compensation, 113 f.
3) ZSSt. 42, 332.
4) L'exceptio in diminuzione..., 19
5) Compensazione, 35 ff.
6) Compensation, 65 f.
7) Gaius 4,64.
8) Lenel, Edictum, 504 N.4; Appleton, Compensation, 109.

Ergebnis mittelbar gezwungen wird, ebenso wie der Bankier seine Forderungen nur in Höhe des nach Abzug der Gegenansprüche des Argentariers verbleibenden Restes einzuklagen. Während aber dem Bankier mit Rücksicht auf die von ihm zu verlangende genaue Buchführung ein cum compensatione agere und die damit verbundene Gefahr der pluris petitio jederzeit zuzumuten sei[1], kann man ein im praktischen Ergebnis gleich gefährliches Vorgehen von einem Privatmann billigerweise nicht fordern[2]; denn er brauche nicht wie der Argentarier pflichtgemäß ein Kontokorrentbuch zu führen[3]. Es ist richtig, daß eine exceptio pecuniae pensatae im Sinne Lenels zu keinem anderen Ergebnis führen würde; denn Folge der Erfüllung des Tatbestandes einer exceptio im Prozeß ist immer der Freispruch des Beklagten[4].

Auf Grund solcher Erwägungen meint ein Teil der Literatur, der Bankier sei gegenüber der eine compensatione angestrengten Klage des Kunden mit der exceptio doli zu schützen[5], die anders als die exceptio pecuniae pensatae die subjektive Seite des Verhaltens des Kunden zu berücksichtigen gestatte. Beruhe das Unterbleiben der Verrechnung auf einer bewußten oder in grober Weise nachlässigen Treuwidrigkeit[6] des Klägers, so müßte nach dieser Ansicht der Beklagte absolviert wer-

---

1) Die Hypothese von d'Ors, SDHI 19, 175 f., derBankier könnte sich bei Zweifeln über die Höhe seines Saldos mit einer praescriptio schützen lassen, ist unbegründet. Kommt er seiner Buchführungspflicht nicht nach, muß er die Folgen tragen.

2) Vgl.F.Leonhard,Aufrechnung,65; R.Leonhard,Mél.Gir., 92; Geib,Compensation,142 f.; Biondi,Compensazione, 37; Solazzi,Compensazione,48; Rezzonico,Compensazione,37

3) Karlowa, RRG II,825; F.Leonhard,Aufrechnung,64f.; Kretschmar,Kompensation,22 f.; von Lübtow,Cato,387. Daß von dem Kunden nicht die gleiche Übersicht zu verlangen ist, gibt auch Lenel zu (Edictum, 504).

4) Vgl.Gaius 4,119; Kaser,RPR I,541; von Lübtow,Cato, 386; Biondi,Compensazione, 42 ff.; a.A.Arangio-Ruiz, L'exceptione in diminuzione, 2o f.; ihm folgt Provera, Pluris petitio I, 95 mit N.105.Arangio-Ruiz meint - im Anschluß an das Reskript Mark Aurels -, der Beklagte sei freigesprochen worden, wenn er apud iudicem den zugunsten des Klägers verbleibenden Überschuß bezahlt habe. Gegen ihn Solazzi,Bullettino, 42, 268 ff.; zweifelnd Kreller, ZSSt.49, 511 mit weit.Lit.; vgl.auch Kaser,ZSSt.76, 609.

den, nicht aber, wenn der Kläger mit gutem Grund an der Berechtigung der Gegenforderungen Zweifel haben konnte[1].

Eisele[2] und Biondi[3] haben im Hinblick auf diese Argumente geglaubt, eine besondere exceptio pecuniae pensatae habe gar nicht existiert. Sie sahen in ihr nichts weiter als einen Spezialfall der exceptio pacti conventi mit besonderem Namen, also den Fall, in dem eine durch pactum de compensando vereinbarte Aufrechnung geltend gemacht wird. Ähnlich nimmt Siber[4] an, es handele sich bei ihr nach dem "Allgemeinwerden der Compensation" um nichts anderes als die "gewöhnliche Compensationseinrede, mit der der Beklagte allegirt: die Klageforderung sei ... compensirt", also um die exceptio doli, die von Mark Aurel angeblich der Kompensation dienstbar gemacht worden ist[5].

Fortsetzung Fußn. 5) von S. 193

5) Siber, Compensation, 2; auf S.65 hält er allerdings auch die exceptio pecuniae pensatae nicht für ausgeschlossen; Eisele, ZSSt.17,349 , der damit seine frühere Meinung geändert hat. Vgl. einerseits Compensation, 41 ff. (dazu unten S.198 ff.); 248 (unten S. 19), andererseits aaO., 349 f.; und KrVJSchr.29,40 (unten S.). Für exceptio doli weiterhin Solazzi, Compensazione, 51; Kaser, RPR I, 541 N.18. Auch Appleton, Compensation, 114 N.2, hält diese Lösung für möglich, außerdem aber auch die mit exceptio pecuniae pensatae. Über von Lübtow vgl. die folgenden Ausführungen.

6) Über den Begriff des dolus unten S.344 f. und S. 344; 349 f

1) Rezzonico, Compensazione, 37, hält die Konsequenz der Lenelschen These ebenfalls für zu hart. Er meint zwar wie Lenel, die exceptio pecuniae pensatae habe den Bankier gegenüber dem sine compensatione klagenden Kunden geschützt, schwächt aber die sich daraus ergebenden Folgen mit dem Hinweis darauf ab, die ediktale exceptio sei ein Mittel, um die Härten des Zivilrechts zu mildern, und diesem Zweck sei die Gewährung der exceptio pecuniae pensatae durch den Prätor untergeordnet worden (ähnlich schon Arangio-Ruiz, L'exceptio in diminuzione della condanna, 19). Maßgebend ist jedoch allein, ob der Wortlaut einer Formel oder exceptio dem zu entscheidenden Sachverhalt entspricht.

2) Compensation, 248. Vgl. aber wegen der später von ihm vertretenen Meinung oben N. 5 zu S. 193.

3) Compensazione, 27.

4) Compensation, 65 f.

5) Vgl. dazu unten S. 197 f.

Ob gegenüber einer Klage des Kunden eine compensatione die exceptio doli oder die exceptio pecuniae pensatae am Platze ist, muß im Hinblick darauf entschieden werden, daß die Bankiers zu lückenloser und richtiger Buchführung verpflichtet waren. Aus den einwandfrei geführten Büchern ergaben sich nämlich alle Forderungen und Gegenforderungen der Parteien.

Wie die Buchführung eines Vollkaufmanns heutzutage[1], so enthielten auch die Bücher der Argentarier nicht lediglich im eigenen Interesse des Buchführenden gemachte Eintragungen, sondern die objektive Beurkundung von Rechtsbeziehungen zu Dritten. Das ergibt sich schon daraus, daß die Argentarier verpflichtet waren, ihren Kunden die Bücher zu Beweiszwecken zur Verfügung zu stellen[2]. Vor allem enthält aber eine ordnungsgemäße Buchführung wegen der "Geschlossenheit und des Ineinandergreifens der Eintragungen in sich selbst eine hohe Garantie der Wahrheit"[3]. Der klagende Kunde darf sich daher nicht mit allgemeinem Bestreiten der Behauptungen des beklagten Bankiers begnügen. Vielmehr ist es seine Aufgabe, sich vor Anstrengung des Prozesses über den Stand seines Kontos zu unterrichten. Dabei kann er vom Bankier verlangen, daß er ihm, dem Kunden, die Geschäftsbücher zugänglich macht. Sind die Bücher ordnungsgemäß geführt und hat der argentarius die behaupteten Gegenforderungen eingetragen, so kann sie der Kunde nicht ohne weiteres in Abrede stellen. Es obliegt ihm b e s o n d e r s s c h l ü s s i g e Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit der Bücher und das Bestehen der eingetragenen Gegenforderungen vorzubringen.

---

1) Staub-Bondi, Kommentar z.HGB[14], Exkurs zu § 47, Anm.1; vgl. auch RG JW 1903, 421.
2) Sogenannte Editionspflicht. Vgl. oben S. 36 N. 1. Nach ROHG 4,408, schafft die Pflicht des Kaufmanns zur Buchführung die Glaubwürdigkeit der Eintragungen; vgl. Staub-Bondi, Exkurs zu § 47, Anm. 1.
3) Staub-Bondi, Exkurs zu § 47, Anm. 1. Vgl. auch RG 6, 345 ff. (347): Der Grund der Beweiskraft der laut Sachverständigengutachten einwandfrei geführten Handelsbücher liegt in den Eintragungen für sich allein.

Tut er das nicht, so wird seine actio vom Prätor denegiert. Ist eine Beweisaufnahme erforderlich, so inseriert der Prätor die exceptio pecuniae pensatae. Darin liegt keine Unbilligkeit gegenüber dem Kläger, auch wenn er die Gefahr der vollständigen Absolution des Beklagten läuft. Er handelt auf eigene Prozeßgefahr - nicht anders wie derjenige, der mit einer strengrechtlichen Klage vorgeht und damit die Gefahr der pluris petitio übernimmt.

Durch das geschilderte Verfahren wird eine einfache und klare Rechtslage geschaffen. Eine exceptio doli würde den tatsächlichen Umständen nicht gerecht. Ist die Gegenforderung in iure unbestritten oder durch die Bücher des Bankiers dargetan, ohne daß der Kunde schlüssige Einwendungen vorbringen kann, so kommt eine exceptio überhaupt nicht in Betracht, sondern der Prätor denegiert die actio des Kunden. Wird die Gegenforderung vom Kunden mit schlüssigen Argumenten bestritten und stellt sich eine Beweisaufnahme als notwendig heraus, so liegt ein treuwidriges Verhalten des Kunden nicht vor, und die exceptio doli entfällt aus diesem Grunde.

Von Lübtow hat seinerzeit ebenfalls die Ansicht vertreten, daß dem Bankier als Beklagten nicht die exceptio pecuniae pensatae, sondern die exceptio doli zustehe[1]. Neuerdings schließt er sich jedoch der These Lenels an, wonach die exceptio pecuniae pensatae von Haus aus dem Zweck diente, dem Bankier als Beklagten die Kompensation zu ermöglichen[2]. Er stellt sich die Entwicklung folgendermaßen vor:

Seit alter Zeit sind wiederholt Vorschriften, die ursprünglich bloß für den Handelsverkehr gegeben waren, später in das allgemeine bürgerliche Recht aufgenommen worden. Man hat hier von einer "Kommerzialisierung des

---

1) Cato, 392 N.121.
2) Mündliche Mitteilung.

bürgerlichen Rechts" gesprochen[1] und das Handelsrecht als "Pionier des bürgerlichen Rechts" bezeichnet[2]. Dieselbe Erscheinung begegnet nun bereits auf dem Gebiete des römischen Argentarierrechts. Wie die exceptiones redhibitionis und mercis non traditae, die zuerst bloß für Argentariergeschäfte galten, auf den allgemeinen Verkehr ausgedehnt wurden[3], so hat die Praxis auch die exceptio pensatae pecuniae aus dem Argentarierrecht auf die stricti iuris iudicia allgemein übertragen und zwar im Anschluß an ein Reskript Mark Aurels:[4]

> in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

Im Bericht Justinians ist die exceptio pecuniae pensatae durch die exceptio doli ersetzt worden[5], weil ihr die nachklassisch-byzantinischen Juristen urteilsmindernde

---

1) J.Rießer, Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines BGB (1894), 14.
2) Lehmann-Hoeniger, Lehrb.d.Handelsrechts I[3], 23; E.Heymann, Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht (1932), 19;37;Pisko, Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechtes (Wien 1935), 1; J.von Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht[8] (1955), 5.
3) Vgl.oben S. 1884.
4) Inst.4,6,30. Dazu von Lübtow, Cato, 384 ff.
5) A.A.Biondi, Compensazione, 35. Er meint, Justinian hätte nicht gezögert, die Einführung der exceptio doli für die Zwecke der Kompensation sich selbst zuzuschreiben, wie er das auch hinsichtlich des ipso iure compensari getan habe. Zu bedenken ist indessen, daß sie schon vor seiner Zeit an die Stelle der exceptio pecuniae pensatae getreten sein kann, ja sogar sein muß; denn Justinian ist mit dem Satz 'ipso iure compensari' noch über die Aufrechnung mittels urteilsmindernder exceptio doli hinausgegangen. - Mit der Frage, wie die exceptio doli als allgemeines Kompensationsmittel mit der Existenz der exceptio pecuniae pensatae zu vereinbaren ist, hätten sich vor allem die Anhänger der Lenelschen These auseinandersetzen müssen sowie die Autoren, welche in der exceptio pecuniae pensatae einen generellen Aufrechnungsbehelf sehen. Soweit ersichtlich, wird die Richtigkeit des Berichtes Justinians aber nirgends angezweifelt. Nur Biondi aaO. befaßt sich mit der Frage. Insbesondere halten Appleton, Compensation, 264 ff., und Rezzonico, Compensazione, 59, die exceptio doli im Zusammenhang mit der Aufrechnung für klassisch.

Kraft [1] zuschrieben, die jedoch den Grundsätzen des klassischen Zivilprozeßrechts widerspricht[2].

Lenels nach den bisherigen Ausführungen über die Bedeutung der exceptio pecuniae pensatae richtige Ansicht wäre indessen widerlegt, wenn sich ergäbe, daß der Kunde des Bankiers ebenso wie der argentarius nur cum compensatione klagen mußte. Einer solchen Annahme steht freilich zunächst entgegen, daß Gaius[3] eine Kompensationspflicht des Kunden mit keiner Silbe erwähnt, obwohl er es ohne Schwierigkeiten gekonnt hätte[4]. Immerhin ist über diesen Einwand mit der Erwägung hinwegzukommen, daß Gaius in seinem Anfängerlehrbuch eben nur den typischen Fall des Argentarierprozesses, in dem der Bankier klagt, erwähnt hat [5].

In der Tat ist die angedeutete These von Eisele[6] auf Grund von Julian D.16,2,2 vertreten worden. Die Stelle lautet:

> Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

Der Beklagte obsiegt also gegenüber der Klage seines Gläubigers, der gleichzeitig sein Schuldner ist, wenn er zur Kompensation bereit ist. Nicht nur Eisele, sondern auch Appleton[7] nimmt an, daß sie im Originaltext vom argentarius die Rede gewesen sei, statt unusquisque also argentarius gestanden habe.

---

1) wie sie Theophilus in seiner Institutionenparaphrase ad h.l. beschreibt. Vgl. Solazzi, Compensazione, 97.
2) von Lübtow, Cato, 386. - Die sich in den Digesten häufig findende Wendung opposita oder posita doli mali exceptione ist der Unechtheit dringend verdächtig: Pernice, Labeo II 1, 235 N.2; 286.
3) 4,61-68.
4) Dernburg, Compensation, 32 f.; Karlowa, RRG II, 825.
5) Vgl. Appleton, 108 f.
6) Compensation, 27 f.; 41 ff.
7) Compensation, 112 f.

Nun gab es zur Zeit Julians allerdings keine generelle Möglichkeit der Aufrechnung im Prozeß. Man könnte deshalb annehmen, daß es sich um einen der Fälle handele, in denen vor dem in Inst.4,6,30[1] überlieferten Reskript Mark Aurels die prozessuale Kompensation zulässig war[2]; neben dem cum compensatione agere des Bankiers das cum deductione agere des bonorum emptor[3], die in das Ermessen des iudex gestellte Verrechnung konnexer Gegenforderungen in den bonae fidei iudicia[4] der Freispruch des Bankiers auf Grund der exceptio pecuniae pensatae bei Klagen seines Kunden[5] und der Freispruch des Beklagten im Judikatsprozeß[6]. Der Fall des bonae fidei iudicium scheidet aus, weil das Fragment nicht auf die Konnexität der Forderungen abstellt. Der Bankier und der bonorum emptor können nicht ursprünglich anstelle von unusquisque gestanden haben, da sie überhaupt nur unter Abzug der Gegenforderungen klagen dürfen, ganz gleich, ob der Beklagte zur Kompensation "bereit" ist oder nicht[7]. Es bietet sich deshalb in der Tat als creditor petens der Kunde des Bankiers an[8]. Eisele hat jedoch zwei Bedenken, die Wendung summovere wie üblich[9] im Sinne des Obsiegens mittels einer Einrede, etwa der exceptio pecuniae pensatae oder der exceptio doli zu verstehen. Einmal meint er [1],

---

1) zitiert oben S. 197. Vgl.dazu Biondi, Compensazione, 42 ff.; von Lübtow, Cato, 384 ff. mit weit.Lit.; Rezzonico, Compensazione, 59 ff.; Kaser, ZSSt. 76, 609 f.
2) Vgl. von Lübtow, Cato, 391 f.; 393 f.
3) Gaius 4,65.
4) Gaius 4,61-63.
5) Vgl.oben S. 196
6) Vgl.Siber, Compensation, 6; Wenger, Inst.220; von Lübtow, Cato, 388; 394, welche die exceptio doli für zuständig halten. Auch hier ist aber auf Grund der Erwägungen von Lübtows (vgl.oben S. 196 ff.) anzunehmen, daß die klassische exceptio pecuniae pensatae von den Nachklassikern durch die ihrer Auffassung nach urteilsmindernde exceptio doli ersetzt wurde.
7) Appleton, Compensation, 112.
8) Siber, Compensation, 1 f.
9) Vgl.Appleton, Compensation, 113; Jörs-Kunkel, RR[3], 203 mit N.10; von Lübtow, Cato, 391.
10) Compensation 41.

paratus est compensare könne sprachlich nur im Sinne von Fallenlassen der (geltend gemachten) Gegenforderung durch den Beklagten verstanden werden, zum anderen sieht er sich an der Zubilligung einer exceptio dadurch gehindert, daß erst das Reskript Mark Aurels die generelle Möglichkeit der Kompensation mittels exceptio doli eröffnet habe [1]. Er versteht das summovere deshalb dahin[2], daß der Prätor dem Kunden die actio des Kunden denegiert, wenn der Bankier zum compensare, d.h. zum Einklagen der ihm nach Verrechnung verbliebenen Gegenforderung bereit ist. Die Folge der Bereitschaft des Argentariers wäre also die, daß dem sine compensatione klagenden Kunden in iure die actio denegiert und sie dafür dem Bankier gewährt worden wäre.

Auch Solazzi[3] glaubt, das paratus est compensare nur dahin verstehen zu können, der Bankier sei bereit, seine Restforderung einzuklagen. Er sieht aber im Gegensatz zu Eisele keine Möglichkeit, in jeder dem Prozeßrecht sonst widersprechenden Weise dem Kläger die actio zu nehmen, um sie dem Beklagten zu geben. Dem ist schon deswegen zuzustimmen, weil ein solches Verfahren schon aus logischen Gründen überhaupt nur denkbar ist, wenn die Gegenforderung höher ist als die einzuklagende, nicht aber allgemein[4].

Anders nimmt Appleton[5] an, compensare bedeute lediglich die Bereitschaft des Bankiers zur rechnerischen Vornahme der Kompensation in seinen Büchern. Außerdem hat er keine Bedenken, summovet auf eine Einrede zu beziehen und sieht in der Stelle einen Fall der exceptio pecuniae pensatae[6].

---

1) Compensation, 42.
2) Compensation, 42 f.; ZSSt. 17, 352.
3) Compensazione, 47.
4) Brinz, KritVJSchr. 19, 329; F.Leonhard, Aufrechnung, 66.
5) Compensation, 112.
6) Compensation, 112 f.; also im Sinne Lenels. Wegen eines zweiten Tatbestandes, auf den er die exc.pec.pens. anwendet, vgl. unten S. 205.

Appleton ist insoweit beizutreten, als es sich bei der Stelle tatsächlich um ein Obsiegen mittels Einrede handeln dürfte[1].

Es liegt deshalb nahe, die Stelle als Beispiel einer der Klage des Kunden entgegengesetzte exceptio pecuniae pensatae anzusehen und unusquisque dementsprechend durch argentarius zu korrigieren. Aber nach dem Zusammenhang, dem sie entnommen ist, ist es ganz unwahrscheinlich, daß sie gerade die Bankiers betraf; denn 1.90 der Digesten Julians, aus der sie stammt, behandelt die lex Publilia de sponsu[2], während die Bankiersverträge eher nach 1.11 gehören, wo sich Julian u.a. mit dem exercitor und dem institor befaßt.[3] Ebensowenig bestehen Anhaltspunkte dafür, daß der bonorum emptor oder der Beklagte des Judikatsprozesses gemeint waren.

Somit bleibt nur übrig, die Stelle mit von Lübtow[4] auf die außergerichtliche Kompensation zu beziehen, nämlich auf die wegen eines von den Parteien vereinbarten pactum de compensando. Gemeint ist demnach die exceptio pacti conventi, die einen ähnlichen Druck auf den Kläger ausübt wie die dem Kunden vom Bankier entgegengehaltene exceptio pecuniae pensatae: er riskierte den Freispruch des Beklagten in voller Höhe, wenn er nicht zur Verrechnung der Gegenforderungen bereit war.

---

1) Ebenso Jörs-Kunkel, RPR[3], 203 N.10; von Lübtow, Cato, 391. - Die Stelle hat deshalb vielleicht ursprünglich gelautet ... ⟨exceptione⟩ summovet. So von Lübtow, Cato, 391; er meint, die Kompilatoren hätten das Wort exceptione mit Rücksicht auf die Verordnung Justinians vom Jahre 531 (C.4,31,14 pr. compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus) gestrichen. Zu exceptione oder per exceptionem summovere s. die bei Heumann-Seckel, s.v.summovere, aufgeführten Stellen.

2) Lenel, Pal.I, Nr. 840; Solazzi, Compensazione, 46.

3) Vgl. Solazzi, Compensazione, 46; Lenel, Pal.I, Nr. 177-179. Appleton hat deshalb später (NRH 1910, 783 N.1) versucht, seine Ansicht mit der Behauptung zu halten, die Inskription des Fragments sei falsch überliefert (XC statt richtig XI). Vgl. Solazzi aaO., N. 38.

4) Cato, 391 ff. Er rekonstruiert (391): Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem ⟨exceptione⟩ summovet, si ⟨de compensando pactum fecit et⟩ paratus est compensare.

Die Stelle hat also folgenden Sinn: Wenn auch die gerichtliche Kompensation nicht immer zulässig ist, so kann doch ein jeder der Klage seines Gläubigers erfolgreich entgegentreten, s o f e r n ein pactum de compensando besteht.[1] Die sprachliche Fassung von D.16,2,2 bietet für diese Interpretation kein Hindernis. Schließlich ist der Beklagte "bereit", "er läßt sich zu etwas herbei", wenn er sich der Mühe unterzieht, in iure den Saldo darzulegen, wozu mit Rücksicht auf die Funktion der Einrede er und nicht etwa der Gegner verpflichtet ist.

Gegen Eiseles Ansicht könnte Gaius D.16,2,8 (l.9 ad ed.prov.) sprechen. Die Stelle lautet:

> In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

Es wird also auch der Betrag zum Gegenstand der Aufrechnung gemacht, wegen dessen ein anderer Prozeß bis zur litis contestatio gediehen ist. Diese Kompensation erfolgt auf Betreiben des Beklagten[2]. Er steht sich besser, wenn der Kläger eine Forderung des Beklagten von der Klagsumme abziehen muß, auch wenn diese bereits in einem anderen Rechtsstreit anhängig ist.

Fraglich ist, welchen Fall der Kompensation Gaius meint. Eine Aufrechnung mittels exceptio - pecuniae pensatae oder doli[3] - ist im Wortlaut des Fragments nicht angedeutet. Da Gaius die deductio des bonorum emptor im l.24 seines Kommentars zum Provinzialedikt behandelt[4] und überdies eine ursprüngliche Fassung 'in deductionem etiam id deducitur ...' eine sprachliche Unmöglichkeit wäre[5], scheidet auch der Fall des cum

---

1) von Lübtow, Cato, 391 ff.
2) Vgl. Jörs-Kunkel, RPR[3], 203 N.11.
3) Die allgemeine Aufrechnung mittels exceptio doli, richtiger exceptio pensatae pecuniae, gab es zu Gaius' Zeit noch nicht: von Lübtow, Cato, 385.
4) Lenel, Pal.I, Nr. 350-353.
5) Appleton, Compensation, 110; Solazzi, Compensazione, 44.

deductione agere aus. l.9 ad ed.prov., aus dem das Fragment stammt, handelt 'de rebus creditis'[1], u.a. auch vom depositum, dem exercitor und dem institor. Man hat deshalb die Stelle auf das agere cum compensatione des Bankiers bezogen[2]. Sie würde dann ergeben, daß der Kunde des Bankiers - der Kläger des bis zur litis contestatio gediehenen anderen Prozesses - nicht cum compensatione zu klagen brauchte; andernfalls bestände für den Bankier kein Anlaß, seine Forderung in einem neuen Prozeß einzuklagen. Gaius D.16,2,8 spräche dann eindeutig gegen Eiseles Ansicht[3].

Der Zusammenhang macht es jedoch wahrscheinlicher, daß es sich um eine Klage mit der formula ex deposito in ius concepta handelt, die eine bona-fides-Klausel enthielt[4] und damit eine Kompensation nach dem Ermessen des Richters gestattete. Zwar konnten in den bonae fidei iudicia nur konnexe Gegenforderungen verrechnet werden[5]; aber die Gaius-Stelle ist aus dem Zusammenhang gerissen, der sehr wohl die Konnexität ergeben haben kann.

Jedenfalls ist in den Quellen kein Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß der Kunde des Bankiers ebenfalls cum compensatione klagen müßte.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen: Der Kunde des Bankiers braucht nicht cum compensatione zu klagen. Der Bankier kann sich jedoch gegen einen ohne Abzug

---

1) Solazzi, Compensazione, 44; vgl. Lenel, Pal.I, Nr. 215-218; Appleton, Compensation, 110 f.; 136 f.
2) Appleton, Compensation, 110 f.; 136 f.; Solazzi, Compensazione, 44 ff.; d'Ors, SDHI 19, 173.
3) Solazzi, Compensazione, 45 f.
4) Gaius 4,47
5) Deshalb wollen Appleton, Compensation, 110, und Solazzi, Compensazione, 44, das Fragment nicht auf ein bonae fidei iudicium beziehen.

der Gegenforderungen klagenden Kunden mit der exceptio pensatae pecuniae wehren [1]. Diese Situation wird durch das Reskript Mark Aurels[2] bestätigt. Es ist durchaus wahrscheinlich, daß der Kaiser den aus dem Argentarierrecht bekannten Rechtsbehelf, den mittelbaren Zwang zur Aufrechnung durch exceptio pecuniae pensatae, verallgemeinert hat.

bb) Abweichende Ansichten der Literatur über die Anwendung der exceptio pecuniae pensatae

Ist mit der Klage des Kunden gegen den Bankier ein Anwendungsfall der exceptio pecuniae pensatae gefunden, so bedeutet das nicht, daß es sich dabei um den einzigen Sachverhalt handelt, in dem die Einrede einem Beklagten Schutz gewährt.

So bezieht sie Solazzi[3] auf den Fall, daß der Bankier geltend macht, die streitige Forderung gehöre nicht zum Kontokorrent. Er bedient sich dabei 'dialektischer' Argumente, die von ihm selbst an anderer Stelle[4] als gewöhnlich unsicher bezeichnet werden. Gewähre der Prätor dem argentarius eine actio sine compensatione (pura), so inseriere er - meint Solazzi - zugunsten des Kunden die exceptio pecuniae pensatae, um diesem die Möglichkeit offen zu halten, die Behauptung des Bankiers apud iudicem zu widerlegen.

---

1) Gegen Lenels These ist auch nicht einzuwenden, daß die Saldierung durch den Bankier ein bloßer Rechnungsvorgang sei, dem erst der Prozeß rechtliche Bedeutung verschaffe, so daß die exceptio auf pecunia pensanda und nicht auf pecuniae pensata lauten müßte(so aber Eisele, KritVJSchr.29,40; vgl. auch Stampe, Compensationsverfahren, 13; F.Leonhard, Aufrechnung,23 ff.). 'Pecunia pensata' läßt sich nämlich im Sinne bloßen Ausgewogenseins der Forderungen verstehen: Lenel, Edictum, 504 N.5; Solazzi, Compensazione, 49; vgl.auch Siber,Compensation,63 ff.; F.Leonhard aaO.; Windscheid-Kipp,Pand.II,461 N.2 u.3.
2) Vgl. oben S.197.
3) Compensazione, 41; 50; ihm folgt Kaser, RPR I, 540.
4) Compensazione, 44.

Allerdings kommt es für die Pflicht zum agere cum compensatione darauf an, daß ein laufendes Rechnungsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Wird in iure festgestellt, daß dem so ist, läßt der Prätor nur ein agere cum compensatione zu. Eine exceptio erübrigt sich hier. Bleibt das Bestehen eines Rechnungsverhältnisses in iure ungeklärt, so gewährt der Prätor eine actio pura. Handelt es sich dabei um eine actio stricti iuris und stellt der iudex ein Rechnungsverhältnis fest, so absolviert er den Beklagten; denn der Zwang zum cum compensatione agere gehört dem Zivilrecht an[1], das der iudex von Amts wegen beachten muß. Eine exceptio erübrigt sich also auch hier. Besteht dagegen kein Rechnungsverhältnis, so gelten die allgemeinen Kompensationsregeln, d.h. bei einer strengrechtlichen actio mußte der iudex nach dem Reskript von Mark Aurel freisprechen, wenn der Beklagte die exceptio pensatae pecuniae vom Prätor erbeten hatte, im iudicium bonae fidei konnte der iudex nach seinem Ermessen kompensieren[2].

Eisele[3] und Appleton[4] weisen der exceptio pecuniae pensatae folgende Funktion zu: Habe der Bankier seine Forderungen cum compensatione eingeklagt, so werden die Gegenforderungen nicht in iudicium deduziert. Der Kunde wäre also nicht gehindert, die bereits kompensierten Gegenforderungen erneut einzuklagen mit der

---

1) Vgl. unten S. 208 ff.
2) Nach dem Reskript divi Marci sicherlich auch - anders als Gaius 4,61 - inkonnexe Forderungen, da es sich in den Fällen der von dem Reskript betroffenen strengrechtlichen Klagen notwendigerweise um inkonnexe Ansprüche handeln muß: von Lübtow, Cato, 385.
3) KritVJSchr.29,40; ZSSt.17,350. Eisele hat vorher eine andere Ansicht vertreten; vgl. oben S.193 N.5.
4) Compensation, 115. Auch Solazzi, Compensazione, 51, hält diese Erklärung nicht für ausgeschlossen, zieht aber für den Fall dennoch die exceptio doli vor; vgl. unten S.220 f. Unentschieden, ob in diesem Fall die exceptio pecuniae pensatae oder die exceptio rei iudicatae eingreift, Geib, Compensation, 141.

Behauptung, im Vorprozeß sei unrichtig verrechnet worden. Das zu verhindern - nach Eisele vielleicht auch in anderen Fällen der gerichtlichen Kompensation - bezwecke die exceptio pecuniae pensatae. Ähnlich nehmen Siber[1] und von Lübtow[2] an, die exceptio pecuniae pensatae greife ein, wenn eine Forderung eingeklagt wird, nachdem sie bereits im bonae fidei iudicium[3] verrechnet worden war.

In dieser Richtung liegt auch die Ansicht Kretschmars[4], wenngleich er die Einrede auf einen ganz speziellen Tatbestand, der außerhalb des Sonderrechts der Argantarier liegt, beschränkt. Er nimmt im Anschluß an Paulus D.16,2,21[5] an, in den Fällen des mittelbaren Zwanges zur Kompensation mittels exceptio doli - richtiger exceptio pecuniae pensatae - habe der Prätor den Parteien den Abschluß gegenseitiger stipulationes incertae mit doli clausula anheimgestellt. Aus der von ihm dergestalt eingegangenen prätorischen Stipulation habe der Kläger sodann geklagt, und der iudex habe auf Grund der doli clausula kompensieren können.[6] War auf diese Weise in einem Prozeß aufgerechnet worden, in dem ein procurator absentis verklagt war, so habe dem dominus die exceptio pecuniae pensatae entgegengestanden, wenn er aus der vom Prokurator eingegangenen Stipulation später selbst geklagt habe[7]. Die exceptio

---

1) RR II, 274.
2) Cato, 384. Sowohl er als Siber halten jedoch auch die exceptio doli für möglich, Siber außerdem eine exceptio in factum. Für das gemeine Recht zweifelnd, ob die exceptio pec.pens. oder die exceptio rei iudicatae dem Einklagen der verrechneten Gegenforderung in einem neuen Prozeß entgegenstand, Dernburg, Compensation, 580 f. N.2
3) Gaius 4,61 - 63.
4) Kompensation, 43 ff.
5) Vgl. unten S. 216.
6) Gegen die Ansicht Kretschmars, Jörs-Kunkel, RPR[3], 203 N.13; von Lübtow, Cato, 389.
7) Kompensation, 50

pecuniae pens.tae ergänze also die exceptio rei iudicatae, die für den Fall durchgegriffen habe, daß der dominus, ohne daß durch den Richter kompensiert worden sei, aus der prätorischen Stipulation klagte. Ob diese Einschränkung des Anwendungsgebietes der exceptio pecuniae pensatae richtig ist, wird sich aus den folgenden Untersuchungen ergeben [1]

Um jedoch feststellen zu können, ob für eine exceptio pecuniae pensatae in dem angedeuteten Zusammenhang ein Bedürfnis bestand, muß die Wirkung der römischen Aufrechnungsfälle dargelegt werden.

cc) Weitere Anwendungsfälle der exceptio pecuniae pensatae

aaa) Das agere cum compensatione

Begonnen sei mit dem cum compensatione agere des Bankiers. Zwischen dem Bankier und seinem Kunden bestand ein Rechnungsverhältnis, dessen Sinn darin lag, daß beide Beteiligten jeweils nur den Saldo verlangen sollten[2]. Man

1) Unten S. 207 ff.
2) Vgl. Labeo D.2,13,6,3; Karlowa, RRG II, 1394 f.; 1398.- Über das agere cum compensatione bei Wein- und Weizenforderungen Eisele, ZRG 10, 467 ff. Er zweifelt, ob es sich bei diesen Gegenständen überhaupt um Argentariergeschäfte handelt und meint deshalb, die Klage unter Abzug der Gegenforderungen des Beklagten habe jedermann offen gestanden (Vorteil: zwei Prozesse wurden zu einem zusammengezogen), und nur der Bankier sei g e z w u n g e n gewesen, so zu klagen. In Compensation, 41 ff. (vgl. oben S. 198 ff.) vertrat er die Ansicht, auch der Kunde des Bankiers m ü s s e cum compensatione klagen. Wenn indessen diese allgemeine Möglichkeit der Kompensation bestanden hätte, wäre sie gewiß von Gaius erwähnt worden, zumal er sich in 4,39 ff. mit dem Aufbau der Formeln eingehend beschäftigt. Wein- und Getreidegeschäfte der Argentarier mögen immerhin vorgekommen sein. Sie können den Lebensmittelgroßhandel neben den Geldgeschäften betrieben haben (Solazzi, Compensazione, 33). Vgl. zu der Kompensation von Wein- und Weizenforderungen im übrigen Solazzi aaO., Kreller, IURA 2, 219.

mag deshalb zunächst an ein pactum de compensando denken[1], so daß ein Einklagen der Forderungen einer Seite in voller Höhe ohne Rücksicht auf Gegenforderungen oder eine Klage auf einzelne herausgegriffene Kontokorrentposten an der exceptio pacti conventi gescheitert wäre. Es widerspricht jedoch der Auffassung der römischen Jurisprudenz, ein "stillschweigendes" pactum aus bloßen Folgerungen zu erschließen[2], und die Argentarier werden nicht gerade bemüht gewesen sein, durch ausdrückliche pacti[3] die Rechtsstellung ihrer Kunden zu verbessern.

Abhilfe erreichte man durch Anpassung der zivilrechtlichen actiones certae creditae pecuniae und certae rei an die besonderen Erfordernisse des Kontokorrentverhältnisses. Ihren Ausgang wird diese Entwicklung von der Formel deducetur neque debebitur genommen haben, wie sie in den Catonischen leges[4], also für die Zeit des Legisaktionenprozesses, überliefert ist. Diese Klausel gehört dem materiellen Recht an, erstrebt aber mit der Kompensation für den Fall der Klage einen prozessualen Zweck: Der Kläger soll stets nur den Überschuß verlangen dürfen[5]. Noch zur Zeit des Legisaktionenverfahrens muß daraus die Klage cum compensatione entstanden sein; denn der Prätor hat nicht zu dem Hilfsmittel einer exceptio gegriffen, die es im Legisaktionenverfahren noch nicht gab[6]. Vielmehr ist der

---

1) So F. Leonhard, Aufrechnung, 57.
2) Vgl. von Lübtow, Studi De Francisci I, 433; 513.
3) Oder auch leges argentariae. Vgl. die bereits in Catos leges enthaltene Klausel deducetur neque debebitur oder ... tanto minus debebitur (agri cult. 144; 145); dazu von Lübtow, Cato, 379 ff.
4) Vgl. oben N.3; ~~auf S.~~
5) von Lübtow, Cato, 382 f.
6) Gaius 4, 108 a.E.

Grundsatz der Einheit der Frage bei der Formel gewahrt[1], wie sie Lenel [2] anhand von Gaius 4,64 rekonstruiert:

> Si paret Nm. Nm. Ao.Ao. HS X milia dare oportere amplius quam As.As. No. No. debet [3], iudex Nm. Nm. Ao. Ao. HS X milia condemnato s.n.p.a. [4]

Die Verrechnungsklausel muß demnach in der Klagebehauptung etwa der legis actio in personam in folgender Weise enthalten gewesen sein:

> Aio te mihi decem aeris dare oportere amplius quam ego tibi debeo.

Diese Möglichkeit der Abwandlung der regulären Klage schon in der Legisaktionenzeit kann nicht auf prätо-

---

1) Ihering, Geist III 1, 22; 48 ff.; 81; Dernburg, Compensation, 25; Karlowa, RRG II, 824; von Lübtow, Cato, 379 ff.; a.A. F.Leonhard, Aufrechnung, 22 f.; sein Argument, das dem cum compensatione agere ähnliche cum deductione agere des bonorum emptor stamme erst aus der Zeit des Formularprozesses, ist nicht stichhaltig; denn diese im Gegensatz zum cum compensatione agere prätorische Klageart (vgl.unten S. 222 N. 1) kann sehr wohl in späterer Zeit dem älteren cum compensatione agere nachgebildet worden sein.

2) Edictum, 256.

3) Zu Unrecht verdächtigen Beseler, ZSSt.56, 65; Tijdschrift 8, 334 (vorgeschlagene Ergänzung: ... quam ipsum Titio dare oportet) und Solazzi, Compensazione, 32 (vorgeschlagene Ergänzung: ... praestare oportet) das Wort debet, weil noch nicht fällige Gegenforderungen unmöglich der Kompensationspflicht unterlegen haben könnten. Debere ist indessen der Auslegung fähig, wie folgende Stellen zeigen: Ulpian D.16,2,7: Quod in diem debebitur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat; Gaius D.16,2,8 (vgl. oben S. 202); Eisele, Compensation, 24; 28 f.; Lenel, Edictum, 256 N.6.

4) Hatte der Kunde nach Ansicht des Bankiers gar keine Gegenforderung, war dennoch mit dieser Formel zu klagen. Die intentio nannte dann den vollen Betrag der Forderungen des Bankiers: Karlowa, RRG II, 824.

rischer Jurisdiktion beruhen[1]. Auch darf man nicht von Gewohnheitsrecht sprechen, selbst wenn die rhetorischen Quellen - fälschlich - zuweilen das 'consuetudine ius' als eine dem Gesetz ebenbürtige Rechtsquelle betrachten[2]. Der Zwang zum cum compensatione agere muß deshalb auf einem uns unbekannten Gesetz beruhen [3]. Entsprechend dem aktionenrechtlichen Denken der Römer[4] hat das Gesetz nicht bestimmt, daß der Kunde des Argentariers iure civili nur in Höhe des Saldos schuldet, sondern es hat den Weg über die Umgestaltung der legis actio gewählt und so mit einem prozessualen Mittel den beabsichtigten materiell-rechtlichen Erfolg erzielt.

Es handelt sich beim cum compensatione agere mithin um einen Fall der Aufrechnung unmittelbar von Rechts wegen und nicht etwa kraft Vereinbarung der Parteien[5]. Durch die besondere Gestaltung der intentio certa der Formel wurde erreicht, daß der Tatbestand einer pluris petitio vorlag, wenn der Bankier einen zu seinen Gunsten falsch beerchneten Saldo einklagte[6].

---

1) Die Formeln der Legisaktionen waren einer beliebigen Änderung entzogen; sie konnte, wie sich aus Gaius 4,11 ergibt, nur durch Gesetz erfolgen. Karlowa RRG II, 824, führt die abgeänderte Formel auf Gewohnheitsrecht zurück. Dagegen nehmen Eisele, Compensation, 22 f.; Kreller, RRG^2, 160, an, das Institut gehe auf den Prätor zurück. Nach Jörs-Kunkel, RPR^3, 202 N.4, bleibt die Frage offen, ob die Klageform als zivilrechtliches Institut empfunden wurde.

2) Vgl.z.B.auct.ad Herenn.2,13,19: Zum "Gewohnheitsrecht" Kaser, ZSSt.59, 52 ff.; von Lübtow, Das röm.Volk,512 ff.

3) Vgl. über die ebenfalls nur durch ein uns unbekanntes Gesetz zu erklärende Klagbarkeit der Konsensualkontrakte in der Legisaktionenzeit von Lübtow, Cato, 425 f.

4) F.Schulz, Prinzipien, 21;28 f.

5) Brinz, Compensation, 107 f.; Solazzi, Compensazione, 40 f.

6) Gaius 4,68; Appleton, Compensation, 95 f.; Girard-Senn, Manuel, 750 f.; d'Ors,SDHI 19,173;175; Kaser, RPR I, 540. - Eisele, Compensation, 30, nimmt an, die actio cum compensatione sei dem Bankier nur auf besonderen Antrag des Kunden gewährt worden; denn sie deduziere die Gegenansprüche des Kunden in das iudicium. Wie noch darzulegen sein wird (S.215f) werden die Gegenansprüche jedoch nicht rechtshängig. Gegen Eisele Geib, Kompensation, 141; F.Leonhard, Auffrechnung, 63.
Daß es dem Kunden freigestanden habe, Kompensation zu verlangen, kann man auch nicht aus Gaius D.16,2,5 ableiten (so aber Lenel, ZSSt. 4, 115):

Die Römer gingen seit alters her von der Klagformel aus, in welche die obligatio eingespannt werden mußte. Sie stellten deren Inhalt darauf ab, was nach Maßgabe der Formel im Prozeß geltend gemacht werden konnte[1]. Die Absolution des Beklagten wegen pluris petitio des Klägers besagt deswegen, daß der den Saldo übersteigende Betrag vom Kunden nach ius civile nicht geschuldet wurde[2]; denn das Fehlen einer zivilrechtlichen Schuld entsprechend der vom Kläger in der intentio angegebenen Höhe führt bei in ius konzipierten Klagen zum Freispruch wegen pluris petitio[3]. Das agere cum compensatione ist also nicht ein Verfahren, das sich in prozessualer Wirkung erschöpft[4].

Es wäre denkbar, daß der Prätor den argentarius durch Androhung der denegatio actionis (purae) zwang, in iure die Höhe des Saldos nachzuweisen, und dann die actio (pura) nur zu dem Betrag gewährte, dessen Nachweis

---

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 210

> Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

In Wahrheit sagte Gaius, der Bürge könne Verrechnung der Gegenforderungen des Hauptschuldners verlangen - nicht aber nach klassischem Recht Verrechnung seiner eigenen. Vgl. Geib, Compensation, 142; Solazzi, Compensazione, 55 ff.; Kreller IURA 2, 220; d'Ors, SDHI 19, 175, weitere Angaben im Ind.itpl.

1) Jörs, RPR, 116; 137; Jörs-Kunkel, RPR[3], 163;f.; vgl. auch Rabel, RPR[2], 29 f.; Kreller, RRG[2], 73 mit weit.Lit.
2) Jörs, RPR, 137; zweifelnd Jörs-Kunkel, RPR[3], 202 N.4; a.A.Siber, Compensation, 42 f.; Biondi, Compensazione, 25 f.
3) Gaius 4, 53a; vgl.Sohmorr von Carolsfeld, Pluspetitio, R E.XXI, 1 (41. Halbb.) Sp. 621.
4) Vgl.Stampe, Compensation, 51; a.A.Rezzonico, Compensazione, 38 f.

dem Bankier glückte. Damit würde die Prüfung eines wichtigen anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmals apud iudicem ausgeschlossen und in das Verfahren in iure vorverlagert worden sein. Beweisaufnahmen sind nun aber nicht Sache des Prätors - sei es, daß er sie nicht durchführen wollte, sei es, daß er damit in verfassungswidriger Weise dem Urteil des iudex vorgegriffen hätte[1]. Es bleibt also nur der Weg, die Kompensation von Forderungen und Gegenforderungen in der intentio vorzuschreiben.

Mit der actio certae qreditae pecuniae konnte der Argentarier nur Forderungen aus datio, stipulatio oder expensilatio geltend machen[2]. Handelte es sich um Ansprüche aus anderen Schuldgründen, die im bonae fidei iudicium zu verfolgen waren - wie Kauf, locatio conductio, depositum[3] oder negotiorum gestio[4] - so mußten sie erst stipuliert oder expensiliert werden, um der actio certae creditae pecuniae zugänglich zu sein[5]. Eine Stipulation schied aber aus, wenn der Schuldner sich weigerte, sie abzuschließen, oder wenn er nicht erreichbar war[6]. Deshalb mußte der Bankier in einem solchen Fall zur Expansilation greifen. Aus diesem Grunde bedurfte es beim agere cum compensatione ausnahmsweise keiner Zustimmung des Schuldners[7], denn er hätte sonst eine wirksame expensilatio vereiteln können, und eine Zerstörung des einheit-

---

1) Pernice, Labeo II 1, 282 f.
2) Cicero, pro Roscio com. 5,14; vgl. F. Schwarz, Condictio, 281 ff. von Lübtow, Condictio, 85. Vgl. oben S. 149a f
3) Gaius 4,47;62: Neben der in ius konzipierten Formel mit bonae-fidei-Klausel gab es eine in factum konzipierte; Kaser, RPR I, S. 446 f.
4) Gaius 4,62.
5) Vgl. Dernburg, Compensation, 29.
6) Gaius, 4,136
7) Vgl. über den iussus des Schuldners beim Litteralkontrakt oben S. 155 ff

lichen Saldos durch die Weigerung des Schuldners, zu stipulieren oder den iussus zur Expensilation zu erteilen, hätte dem Sinn des Rechnungsverhältnisses widersprochen. Da der Richter den Saldo nachprüfen mußte, war der Schuldner hinreichend gegen Übervorteilung durch den Bankier geschützt. Schuldgrund der Klage cum compensatione muß mithin die expensilatio gewesen sein.

Als materielles Geschäft, welches das Erlöschen der den Saldo übersteigenden Forderungen des Bankiers herbeiführt, denkt sich F.Leonhard [1] die Klageerhebung, Provera[2] die litis contestatio. Sie setzen jedoch bereits einen um die Gegenforderungen des Kunden verminderten Anspruch des Argentariers voraus. Die Saldierung scheidet als Schuldgrund ebenfalls aus [3]. Sie ist eine bloße Rechenoperation, die der Ermittlung des objektiv bereits feststehenden Saldos durch den Bankier dient. Die vom argentarius mit der actio certae creditae pecuniae cum compensatione eingeklagte Forderung hat ihren Grund vielmehr in dem Skripturakt der expensilatio des Saldos im codex accepti et expensi des Bankiers [4]. Ohne diese Expensilation konnte er seine Ansprüche überhaupt nicht geltend machen. Eine Klage im bonae fidei iudicium wegen einer aus dem Saldo herausgegriffenen Einzelforderung war ihm ebenso verwehrt, wie das Geltendmachen einer Einzelforderung überhaupt dem Sinn des Rechnungsverhältnisses mit dem Kunden widersprach.

---

1) Aufrechnung, 51 ff.
2) Pluris petitio, 90 ff.
3) Siber, RR II, 274.
4) Appleton, Compensation, 112.

Es ist deshalb ~~auch~~ überflüssig und falsch, der richterlichen Tätigkeit kompensierende Funktion zuzuweisen[1].

Mit der expensilatio des Saldos durch den Bankier erloschen auch die verrechneten Gegenforderungen des Kunden. Voraussetzung dafür war allerdings, daß der Saldo richtig berechnet war.

Man darf dagegen nicht etwa die anläßlich einer Abrechnung mit dem Kunden[2] vorgenommene transscriptio des Saldos als materielle Grundlage des agere cum compensatione annehmen. Denn bei einer solchen Abrechnung werden die Gegenforderungen des Kunden und der den Saldo übersteigende Betrag der Forderungen des Bankiers erlassen. Gegenforderungen des Kunden, die noch zu kompensieren wären, existieren also gar nicht mehr[3]. Eine solche Abrechnung ist jedoch nicht möglich, wenn sich die Parteien über die Höhe des Saldos nicht einigen können[4]. Fehlte eine Abrechnung mit gegenseitigem Erlaß, so konnte der Bankier nur cum compensatione klagen.

Trotz des Erlöschens der Gegenforderungen konnte der Kunde auf den Gedanken kommen, sie ganz oder zum Teil in einem zweiten Prozeß gegen den Bankier einzuklagen, etwa mit der Begründung, der Richter des ersten Prozesses habe den wahren Saldo verkannt. Der Bankier wird darauf antworten wollen, er sehe keinen Anlaß, einen zweiten Prozeß über Fragen zu führen, die schon einmal gerichtlich überprüft worden seien. Dieser Einwand ist beachtlich. Es wäre in der Tat unzweckmäßig, in einem neuen Prozeß

1) So aber Biondi, Compensazione, 24 f. Stampe, Compensation, 56 f., erklärt die materielle Wirkung damit, daß der Prätor die Parteien zum Abschluß eines pactum de compensando veranlasse, bevor er die formula cum compensatione gewähre. Ebenso nehmen Geib, Compensation, 94, und Siber, Compensation, 65, vertragliche Aufrechnung an. Dagegen zu Recht Rezzonico, Compensazione, 39: Es bedürfte dann nicht der formula cum compensatione. Vor allem aber hätte ein pactum nicht die Kraft, ein Erlöschen des Überschusses kraft ius civile herbeizuführen.

2) Dazu oben S. 102.

3) Dernburg, Compensation, 34; Brinz, KritVJSchr.19,324 f.; Karlowa, RRG II, 824 f. vgl. auch Eisele, Compensation, 27 f.

4) Dernburg, Compensation, 37; Brinz, KritVJSchr.19,324 f.

den Verrechnungsvorgang noch einmal nachprüfen zu lassen[1]. Die Situation erinnert an den Gedanken, der zu der Parömie 'bis de eadem re ne sit actio'[2] Anlaß gegeben hat. Gerade ob es sich aber um 'eadem res' handelt, ist zweifelhaft. Wäre dem so, bedürfte es keiner besonderen exceptio pecuniae pensatae[3]; denn im iudicium legitimum[4] wird bei actiones in ius conceptae die Obligation durch die litis contestatio aufgehoben[5], so daß eine erneute Klage zur Absolution des Beklagten führen muß[6], ohne daß der Schuldgrund noch einmal nachzuprüfen wäre. Handelte es sich um eine dingliche Klage oder eine in factum konzipierte im iudicium legitimum oder war im iudicium imperio continens[7] geklagt worden, so führt der Gesichtspunkt 'eadem res' zur Inserierung der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae[8] durch den Prätor. Es geht also darum, ob die vom Bankier beim agere

---

1) Über die Gründe der Regel Levy, Konkurrenz I, 51; Wenger, Inst. 205 ff.; Kaser, Altröm.Ius, 115; Studi Albertario I, 54; Broggini, Iudex arbiterve, 77 N.75; Jahr, Litis contest., 69 N.23 mit weiterer Lit. 137 ff.

2) Quintilian inst.orat.7,6,4;declam.266; bis de eadem re agere non licet; Gaius 4,108: Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat (im Anschluß an 4,107, wo er die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae erwähnt hat.) Vgl.Levy,Konkurrenz I,76ff.Wenger,Inst.,166 f.

3) Oder, wie Solazzi stattdessen will, der Inserierung der exceptio doli.Vgl.unten S.220f.

4) Vgl.Gaius 4,104.

5) Gaius 4,107.

6) Levy Konkurrenz I,58

7) Gaius 4,105.

8) Gaius 4,106-107. - Es ist nicht unumstritten, ob nicht zwei besondere exceptiones - rei iudicatae und in iudicium deductae - im Edikt proponiert waren, von denen die eine auf die res des Urteils, die andere auf die res der litis contestatio abstellte. Vgl.Lenel, Edictum, 506 ff. mit Lit. in N.11 und 12 auf S.506. Die Frage soll hier offen bleiben, da es nur darauf ankommt, was Gegenstand des Urteils ist. Nach Beseler, Beitr.2, 139 ff., soll es auch für die Fälle positiver und negativer Funktion (Bindung an das Urteil - Ausschluß einer neuen Klage) verschiedene Einreden gegeben haben. Vgl. dagegen L. Mitteis, ZSSt. 33, 207.

oum compensatione abgezogenen Gegenforderungen des Kunden vom iudicium erfaßt werden.

Zur Klärung der Frage ist Paulus D.16,2,21 (l.1 quaest.) herangezogen worden[1]:

> [Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debebitur ipso iure compensari,] si procurator[2] absentis[3] conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil ‹petit qui› compensat [, sed ab initio minus ab eo petitur]

Der verklagte Prokurator eines Abwesenden braucht also nicht die cautio de rato oder dominum rem ratam habiturum[4] zu stellen, weil er selbst nicht klagt. Ihm obliegt keine Sicherheitsleistung für den Fall, daß der dominus den verrechneten Betrag in einem neuen Prozeß einklagt, weil er mit der Geschäftsführung des Prokurators nicht einverstanden ist, sie nicht "genehmigt". Er muß nur die cautio iudicatum solvi[5] leisten, also Sicherheit dafür, daß er im Fall seines Unterliegens das Urteil erfüllt[6].

Da das ipso iure compensari 'inter omnes' erst eine Einrichtung des justinianischen Rechts ist[7], kann der

---

1) Appleton, Compensation, 124 ff.; Solazzi, Compensazione 52 ff. Geib, Compensation, 131 ff., untersucht die Stelle für das justinianische und gemeine Recht.
2) Siber, Compensationsverfahren, 73: [procurator] ‹cognitor›. Dagegen Koschaker, ZSSt.30,459 N.1; Solazzi, Compensazione, 52 N. 50
3) absentis ‹ab argentario›: Brinz, Compensation, 107 f.; Lenel, Pal.I, Nr. 1273 N.6 (zweifelnd); Eisele, ZSSt.17, 350; Pernice, Labeo II 1, 279 f.; Appleton, Compensation, 125; Geib, Compensation, 131 f.; Rabel, RPR.[2], 151; Biondi, Compensazione, 23 f.; Jörs-Kunkel, RPR.[3], 202 N.4. Im gleichen Sinne Trincheri, Glück ital. XVI, 264 ff.; 274 (mir nicht zugänglich, vgl. Ind.itpl.), wenn er rekonstruiert [posteaquam - compensari] ‹in actione qua argentarius experitur›. Die Beziehung des Fragmentes allein auf den argentarius ist jedoch nicht zu erweisen; vgl. das im Text Folgende.
4) Gaius 4, 98; vgl.Girard-Senn,Manuel, 1091; Wenger, Inst.,87.
5) Gaius 4,101; vgl.Girard-Senn,Manuel, 1091; Wenger, Inst., 87.
6) Vgl.Geib, Compensation, 131 f.; Appleton, Compensation, 124 f.; Solazzi, Compensazione, 53.
7) Vgl. unten S. 226 ff.

einleitende Nebensatz unmöglich echt sein[1], ja, seine Fassung teilt dem Leser den Anlaß der Interpolation geradezu selbst mit, nämlich die Einführung des Satzes 'ipso iure compensari' für jedermann durch die Byzantiner[2].

Mithin ist nach Paulus der verklagte Prokurator absentis, wenn er aufrechnet, nicht zur Stellung der cautio de rato verpflichtet. Solazzi[3] schließt aus dem Aufwerfen der Frage nach der cautio, daß der Bankier als Kläger ein Interesse an ihr gehabt habe. Das bedeute aber, er fürchte ein späteres Einklagen der verrechneten Gegenforderungen des Kunden durch diesen selbst. Schon eine solche Befürchtung lasse darauf schließen, daß die Gegenforderungen in einem neuen Verfahren eingeklagt werden konnten, mithin im Prozeß des Bankiers mit dem Prokurator nicht vom iudicium erfaßt worden seien.

Dieser Schluß ist indessen nicht zwingend. Zunächst ist nicht erwiesen, daß die Stelle ursprünglich den Argentarier betraf. Sie betrifft in der überlieferten Form das justinianische ipso iure compensari. Ursprünglich kann sie die Aufrechnung im bonae fidei iudicium oder ope exceptionis zum Gegenstand gehabt haben. Aber selbst

---

1) So schon Bethmann-Hollweg, Rhein.Museum 1 (1827), 294 (mir nicht zugänglich; vgl.Ind.itpl.); sodann Lenel, Pal.I., Nr. 1273 N.6 (zweifelnd); Pernice, Labeo II, 1, 279 f. (er nimmt auch formell Anstoß, nämlich am gleichzeitigen Gebrauch des posteaquam als Zeit- und Begründungsartikel sowie an inter omnes statt omnibus causis oder iudiciis; aaO. 280 N.2); Appleton, Compensation, 125; Geib, Compensation, 19; 131 f.; Girard-Senn, Manuel, 755 N.6; Solazzi, Bullettino 17, 217; Koschaker, ZSSt.30,459 N.1; Rabel, RPR^2, 151; Riccobono, Ann.Pal.3/4, 597; Biondi, Compensazione, 23 f.; 176; Bonfante, Ist.^{10}, 428 N.1; Jörs-Kunkel, RPR^3, 202 N.4; Solazzi, Comp., 52 f. - Für interpoliert ohne nähere Angaben bezeichnen das Fragment Stampe, Compensationsverfahren, 22 f.; 71 ; Kipp, ZSSt. 42, 351 N.2. - R. Leonhard Mél.Girard II, 91 ff., meint, es handele sich um den Fall der Verrechnung im bonae fidei iudicium, und rekonstruiert [inter omnes] ‹in bonae fidei iudiciis› . Für völlig echt hält das Fragment Kretschmar, Kompensation, 146.

2) Appleton, Compensation, 126.

3) Compensazione, 54.

wenn man unterstellt, sie beziehe sich auf das cum compensatione agere des Bankiers, ist Solazzis Argumentation nicht stichhaltig. Die cautio de rato hat den Zweck, dem Beklagten Sicherheit dafür zu leisten, daß der wirklich Beteiligte nicht neuerlich gegen ihn klagt; denn der Prokurator macht den Anspruch des Abwesenden nicht rechtshängig[1]. Dementsprechend könnte man allerdings annehmen, in dem Paulusfragment verlange nicht wie sonst der Beklagte, sondern ausnahmsweise einmal der klagende Bankier gleichsam analog eine cautio für den Fall, daß der Kunde gegen ihn klagen wird, obwohl seine Forderungen schon im Prozeß des Bankiers gegen den Prokurator des abwesenden Kunden verrechnet worden sind[2]. Auch dabei würde es sich um eine cautio zum Schutz gegen die Möglichkeit handeln, daß eine bereits im Prozeß mit dem Prokurator berücksichtigte Forderung von dem "Vertretenen" erneut eingeklagt wird, und nicht bloß um eine Sicherheitsleistung für die Erfüllung des Urteils.

Aber eine solche Ausweitung des Anwendungsgebietes der cautio de rato ist dem Fragment nicht zu entnehmen. Daß das Interesse des Bankiers an der cautio de rato auf dem Fehlen der Rechtshängigkeit der Gegenforderungen des Kunden beruht, sagt Paulus nicht[3]. Keinesfalls kann man mit Appleton[4] und Solazzi[5] argumentieren, der Bankier wäre gar nicht auf die Idee der cautio de rato gekommen, wenn die Gegenforderungen in das iudicium deduziert worden wären. Gerade o b das so ist, kann dem Bankier zweifelhaft gewesen sein.

---

1) Girard-Senn, Manuel, 1091; Wenger, Inst., 87.
2) Ohne die ratihabitio des Kunden wäre der Bankier zwar einer Klage des Kunden aus der Gegenforderung ausgesetzt. Aber dieser Nachteil wiegt nicht allzu schwer; denn dem Kunden steht die exceptio pensatae pecuniae entgegen, wenn er ~~dolosserweise~~ die Forderungen des Bankiers nicht verrechnet, Vgl. oben S. 189 f.
3) Rezzonico, Compensazione, 38 N. 46.
4) Compensation, 127.
5) Compensazione, 54.

Im übrigen stellt das Fragment sogar in der interpolierten Fassung nur darauf ab, daß der Beklagte nicht aktiv gegen den Kläger vorgeht. Eine Erweiterung des Anwendungsgebietes der cautio de ratio in dem soeben beschriebenen Sinn hat Paulus nicht für zulässig gehalten. Er stellt für die Frage der cautio allein darauf ab, daß der Prokurator Beklagter und nicht Kläger war. Das Fragment lautete deshalb ursprünglich gewiß '..., qiua nihil petit, qui compensat'[1]. Diese Begründung spricht dagegen, daß die kompensierten Gegenforderungen rechtshängig werden, und zwar gleichgültig, ob die Kompensation expensilatione, im bonae fidei iudicium oder ope exceptionis erfolgt. Wenn Paulus eine Pflicht des verklagten Prokurators zur Stellung der cautio de rato nicht in Betracht zieht, vielmehr allein darauf abstellt, daß das Verrechnungsbegehren eine bloße Verteidigung darstellt, so wurden die kompensierten Gegenforderungen des Kunden offenbar nicht rechtshängig[2].

Während Appleton und Solazzi sich - wenn auch nur im Ergebnis, aber nicht in der Begründung - zutreffend auf Paulus D.16,2,21 dafür berufen, daß die Gegenforderungen des Kunden nicht im iudicium teilnehmen, zieht Rezzonico[3] aus Gaius D.16,2,8[4] den entgegengesetzten Schluß. Er nimmt an, aus den Worten in compensationem etiam id d e d u c i t u r ... ergebe sich, daß die Gegenforderungen in iudicium d e d u z i e r t würden. Das ist alles andere als überzeugend. Deducere ist kein auf die deductio in iudicium beschränkter terminus technicus, wie die Verwendung des Wortes beim agere cum deductione des bonorum emptor und der Klausel deducetur neque debebitur[5] zeigt.

---

1) <petit qui> Naber, Mnemosyne 21 (1893), 142 (mir nicht zugänglich; vgl. Ind.itpl. und Geib, Compensation,136). Ebenso meint Geib aaO., diese Rekonstruktion entspreche dem Sinn der Worte Paulus'. Nur ist er der Ansicht, daß dieser Sinn bereits in den überlieferten Worten des Fragments zum Ausdruck komme, so daß diese echt seien.
2) Vgl.Geib, Compensation, 132 ff.
3) Compensazione, 38 f.
4) Vgl. oben S.204.
5) Vgl. oben S.208 N.3.

Es bleibt also nur übrig, das Problem aus dem Sinn der intentio cum compensatione zu lösen. Eisele[1], Biondi[2] und Provera[3] kommen zu dem Ergebnis, der iudex prüfe Forderungen und Gegenforderungen nach, um den Saldo zu ermitteln, also würden auch die Gegenforderungen in das iudicium einbezogen. Die intentio gibt jedoch lediglich an, in welcher Höhe der Richter den Kunden v e r u r t e i l e n soll. Wenn sie in bestimmter Weise vorschreibt, wie der iudex den Betrag, wegen dessen zu verurteilen ist, zu ermitteln hat, so bleibt Gegenstand der Verurteilung doch nur der in dieser Weise ermittelte E n d b e t r a g , d e r d e m a r g e n t a r i u s g e g e n ü b e r d e m K u n d e n z u s t e h t[4].

Eine Einbeziehung der Gegenforderungen in das iudicium würde überdies zu dem befremdlichen Ergebnis führen, daß der Kunde nicht mehr erfolgreich klagen könnte, wenn sich apud iudicem herausstellt, daß seine Gegenforderungen nicht nur höher sind als die vom Bankier in der Formel erbetenen Abzugsbeträge, sondern sogar höher als die des Bankiers[5]. Gegen diese Konsequenz könnte man sich nur mit der willkürlichen Behauptung verwahren, die Gegenforderungen würden höchstens bis zu der vom Bankier eingeklagten Summe vom iudicium erfaßt[6].

In einem Prozeß des Kunden, in dem dieser seine bereits kompensierten Gegenforderungen einklagt, mußte dem Argentarier deshalb ein besonderer Rechtsbehelf zur Seite treten. Solazzi[7] sieht diesen Rechtsbehelf in der

---

1) Compensation, 32 ff.; ZRG 10, 470 ff. In ZRG 10, 470, kommt er über diese Ansicht fälschlich zu einer 'exceptio rei in compensationem deductae'.
2) Compensazione, 23 f.
3) Pluris petitio, 90 ff.
4) Geib, Compensation, 143 f.; Solazzi, Compensazione, 54 f.
5) Brinz, Compensation 94; Geib, Compensation, 143 f.
6) So Eisele, Compensation, 34 f.
7) Compensazione, 49; 55; immerhin schließt er die exceptio pec.pens. für diesen Fall nicht schlechthin aus.

exceptio doli. Nun ist das Einklagen einer bereits in einem Vorprozeß geprüften Forderungen aber nicht schlechthin dolos. Der Kläger kann durchaus redlichen Sinnes der Überzeugung sein, seine Gegenforderung sei zu Unrecht abgezogen worden. Um eine doppelte Prüfung der Forderung zu vermeiden, muß dem argentarius deshalb ein Rechtsbehelf zu Gebote stehen, der nicht auf die Unredlichkeit des Kunden abstellt, sondern auf den "neutralen" Umstand, daß die Forderung schon einmal in einem Prozeß berücksichtigt worden ist. Nach vorausgegangener Klage desBankiers cum compensatione ist die Situation anders als wenn noch gar kein Prozeß zwischen den Parteien über die verrechnete Gegenforderung stattgefunden hätte[1].

Damit ist ein neuer Anwendungsfall der exceptio pecuniae pensatae gefunden[2]. Sie ergänzt die exceptio rei iudicatae - beim iudicium legitimum die denegatio actionis wegen Konsumtion -, ähnlich wie im geltenden Recht der Umfang der objektiven Rechtskraft von der herrschenden Lehre im Anschluß an § 322 II ZPO erweitert wird[3].

Es bleibt demnach nur noch zu untersuchen, ob sie in dieser Funktion als eine exceptio 'argentaria' auf die Bankiersgeschäfte beschränkt war.

bbb) Das agere cum deductione

Ähnlich wie das cum compensatione agere des Bankiers funktioniert im Ergebnis das cum deductione agere des bono-

---

1) Vgl. oben S.195 f.
2) Zu der Frage, ob es überhaupt einer exceptio bedurfte, wenn die bereits verrechnete Gegenforderung im bonae-fidei-Verfahren geltend zu machen war, vgl.unten S.239 f.
3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm.VI 1 zu § 322 ZPO mit weit.Lit. in N.109; RGZ 161, 171 f.

rum emptor, des Käufers der Konkursmasse[1]. Der entscheidende Unterschied der Verfahren besteht darin, daß der Abzug der Gegenforderungen nicht wie bei der formula cum compensatione in der intentio zum Ausdruck kommt, sondern in der condemnatio[2]. Der den Saldo falsch berechnende bonorum emptor verliert also den Prozeß nicht wegen pluris petitio. Darüber hinaus hat die formula cum deductione schon aus diesem Grunde weder die Wirkung, die den Saldo übersteigenden Einzelforderungen des bonorum emptor materiell zum Erlöschen zu bringen, noch die, Gegenforderungen in das iudicium zu deduzieren[3]. Der iudex wird vom Prätor lediglich angewiesen, den Beklagten zu einem seinen Gegenforderungen entsprechenden geringeren Betrag zu verurteilen als er dem bonorum emptor nach materiellem Recht schuldet. Das soll jedoch nach Appleton[4], Solazzi[5] und Rezzonico[6] nur für den

---

1) Vgl. Gaius 4,65. - Es handelt sich im Gegensatz zur actio cum compensatione um ein honorrarrechtliches Institut (actio Rutiliana, beim Nachlaßkonkurs actio Serviana): Ihering, Geist III 1, 80 N.86; F. Leonhard, Aufrechnung, 23 (der allerdings die actio cum compensatione zu Unrecht ebenfalls für prätorischen Ursprungs hält; vgl. oben S. 109 N. 1); Lenel, Edictum, 427 ff.; 432 f.; Kaser, RPR I, 540 mit N.13. - Beim cum deductione agere wurden nach Gaius 4,66 auch Forderungen auf ungleichartige Leistungen verrechnet - was angesichts des Grundsatzes omnis condemnatio pecuniaria est möglich war. Eine derartige Verrechnung ungleichartiger Forderungen ist auch für die bonae fidei iudicia anzunehmen: Biondi, Compensazione, 7. Anders als beim cum deductione agere waren beim cum compensatione agere nur fällige Gegenforderungen zu kompensieren: Gaius 4,67.

2) Gaius 4,68.

3) Appleton, Compensation, 161; Geib, Compensation, 76; und auch Rezzonico, Compensazione, 42, der hinsichtlich der formula cum compensatione anderer Ansicht ist. Entsprechend ihrer Meinung zu den bonae fidei iudicia und zum cum compensatione agere nehmen Eisele, Compensation, 50 f., und Biondi, Compensazione, 28, auch hier an, die Gegenforderungen würden vom iudicium erfaßt. A.A. F. Leonhard, Aufrechnung, 51 ff., indem er beim cum deductione agere wie beim cum compensatione agere in der Klageerhebung ein materielles Rechtsgeschäft erblickt

4) Compensation, 161.

5) Compensazione, 76.

6) Compensazione, 42.

Fall gelten, daß der Richter keine Gegenforderungen im Urteil verrechnet[1]. Tut er es, so sollen diese wie vom iudex im bonae fidei iudicium verrechnete Gegenforderungen vom iudicium erfaßt werden. Das würde bedeuten, daß hier die exceptio rei iudicatae-bei actio in personam in ius concepta im iudicium legitimum die Absolution ohne Einrede ~~actionis~~ - durchgriffen[2], und für eine exceptio pecuniae pensatae[3] kein Raum wäre. Zuzugeben ist, daß das cum deductione agere in diesem Punkt nicht dem cum compensatione agere gleichzustellen ist; denn die Gegenforderungen werden in der intentio überhaupt nicht erwähnt. Insofern ist bei ihnen die Frage, ob sie in das iudicium deduziert werden, wie bei den im-bonae-fidei-Verfahren verrechneten Gegenforderungen zu entscheiden.[4]

ccc) Die Kompensation in den bonae fidei iudicia

Bei den bonae-fidei iudicia[5] werden Gegenforderungen anders als bei den bisher erörterten Verfahren nicht immer kompensiert, wenn die rechtlichen Voraussetzungen einer Kompensation vorliegen. Der iudex hat vielmehr die Möglichkeit, die Kompensation abzulehnen, wenn sie ihm nicht opportun erscheint[6]. Denkbar ist eine solche Ablehnung zum Beispiel, wenn die Gegenforderung illiquide ist und die Entscheidung des Prozesses deshalb über Gebühr verzögert würde[7].

---

1) A.A.Geib,Compensation, 145: Die Gegenforderung wird wie beim cum compensatione agere überhaupt nicht ins iudicium einbezogen. Auch nach Provera, Pluris petitio, 94, wird die Gegenforderung beim agere cum deductione nicht vom iudicium ergriffen.
2) Nach Solazzi, Compensazione, 76, auch die exceptio doli.
3) Möglicherweise hat sie für diesen Fall auf 'pecunia quae deducta est' gelautet.Sachlich würde das keinen Unterschied ausmachen. Eher dürfte jedoch der Ausdruck 'pensata' statt 'compensata' gewählt worden sein, um alle Verrechnungsarten zu bezeichnen.
4) Vgl.unten S.233 ff.
5) Vgl. Gaius 4,61-63.
6) Gaius 4,63. Umstritten ist, ob das Erfordernis 'ex eadem causa' später vom klassischen Recht aufgegeben worden ist. Dafür neuestens Rezzonico, Compensazione, 22 ff., zweifelnd Kaser, ZSSt.76,608. Vgl. ~~auch~~ oben S.205 mit N.2.
7) Jörs-Kunkel, RPR^3 , 202 N.7.- Über die Grenzen des Ermessens z.B.Biondi,Compensazione, 20 f.;Solazzi,Compensazione,13 ff.;Kreller,IURA 2,217 ff.;Rezzonico,Compensazione, 23 ff.

Im Gegensatz zum cum compensatione agere besteht in den Fällen der bonae fidei iudicia nicht von vornherein nur eine auf den Saldo reduzierte Schuld des Klägers. Die auf die bona fides abstellende intentio incerta läßt außerdem keinen Schluß von der Formel auf die Obligation zu. Eine Minderung des Rechts aus der eingeklagten Forderung tritt erst dadurch ein, daß der Richter von dem ihm eingeräumten Ermessen[1] Gebrauch macht und die Gegenforderung im Urteil berücksichtigt. Die Kompensation findet also nicht ope exceptionis statt, sondern durch den iudex und i n s o f e r n ipso iure[2].

Was das Schicksal der vom Richter dergestalt kompensierten Gegenforderung anbelangt, so kommt es darauf an, ob die Kompensation durch das Urteil nur prozessuale[3] Bedeutung hat oder auch materiell[4] wirkt. Wenn nämlich die richterliche Kompensation nach klassischem Recht ein materieller Erlöschensgrund wäre, müßte der Prätor bei einer Klage auf bereits verrechnete Forderungen die actio denegieren. Wird die Verrechnung erst apud iudicem festgestellt, müßte der Richter absolvieren, ohne daß es einer exceptio bedürfte.

Das Problem der materiellen oder nur prozessualen Bedeutung der richterlichen Kompensation wird von den Vertretern der Ansicht, die in der Kompensation einen

---

1) Vgl. Gaius 4,63.
2) Jörs-Kunkel, RPR[3], 203 mit N.8.
3) So Dernburg, Compensation, 84 f.; Brinz, Compensation, 112 f.; Siber, Compensation, 24; 30 ff.; 40 f.; 42 f.; RR II, 274; Pernice, Labeo II 1, 275; H. Krüger, Grünhuts Ztschr. XXVII (1898/99), 754 f.; von Lübtow, Cato, 384.
4) So Eisele, ZSSt. 21, 46 N.2; Stampe, Compensationsverfahren, 47 ff. (seine Ansicht ist richtig für die von ihm herangezogenen interpolierten Stellen; vgl. unten S.226 f.); F.Leonhard, Aufrechnung, 60 f.; Beseler, Beiträge 4, 200; Biondi, Compensazione, 19 f.; Solazzi, Compensazione, 29; Marrone, Ann.Pal.24, 225; Rezzonico, Compensazione, 12;28;Schwarz, ZSSt.71, 193 f. - Materielle Wirkung der gerichtlichen Kompensation nimmt auch Geib, Compensation, 95 f. an; aber er knüpft diese nicht an das Urteil, sondern sieht in dem Angebot des Beklagten zur Aufrechnung eine "Satisfaktion" des Klägers. Für das klassische Recht entbehrt diese Auffassung jeder Grundlage.

Grund für das Erlöschen der Obligation sieht, nicht immer mit der gebotenen Schärfe behandelt. So sagt neuestens Rezzonico[1]: "In termini di difesa processuale si poteva ben dire che l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, precludendo all'ulteriore azionabilità dei crediti concorrenti, ne determinava anche l'estinzione". Ebenso ungenau stellt Solazzi[2] für das Erlöschen darauf ab, daß eine Klage auf die Gegenforderung dolos wäre[3]. Prozessuale und materielle Wirkung der Aufrechnung dürfen jedoch nicht in dieser Weise vermischt werden. Gerade der auch von Rezzonico[4] herangezogene Gesichtspunkt der Verbindung von materiellem Recht und actio verlangt, wie im vorigen Absatz aufgezeigt, eine klare Unterscheidung.

Für eine exceptio - sei es die exceptio pecuniae pensatae, die exceptio rei iudicatae oder eine andere - wäre also nur Raum, wenn die richterliche Tätigkeit nur prozessuale Wirkung äußert, wenn ihr - modern gesprochen - "Gestaltungswirkung" fehlte[5].

Die Behandlung der Kompensation in den gajanischen Institutionen spricht gegen eine materielle Wirkung der Kompensation. Unter den Tatbeständen für das Erlöschen einer Obligation [6] wird sie nicht erwähnt; vielmehr erörtert die Aufrechnung Gaius im Prozeßrecht[7]. Nun spielen beim cum compensatione agere des Bankiers, das Gaius ebenfalls nur im Prozeßrecht erwähnt, allerdings - wie gezeigt[8] - materiell-rechtliche Fragen eine nicht geringe

---

1) Compensazione, 12.
2) Compensazione, 29.
3) Ungenau auch Schwarz, ZSSt. 71, 193 f.
4) Compensazione, 11 f.
5) Vgl. die Frage, ob im modernen Recht Gestaltungsurteilen überhaupt eine Rechtskraftwirkung zukommt, s.B. Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 87 I 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm.IV 3 zu § 322 ZPO; Lent, Zivilprozeßrecht, § 62 II.
6) 3, 168 - 181.
7) 4,61-68.
8) Oben S. 207 ff.

Rolle. Aber dort wird eine bestimmte materielle Rechtslage - nämlich das ipso iure eintretende Erlöschen der den Saldo übersteigenden Ansprüche des Bankiers - lediglich vorausgesetzt. Bei der richterlichen Kompensation handelt es sich indessen darum, ob der materiell wirkende Tatbestand von Gaius ganz außer acht gelassen wurde.

Mit der Wirkung der richterlichen Kompensation befassen sich in den Digesten drei Ulpian-Stellen:

1. D.3,5,7,2 (1.10 ad ed.):

Si quocumque modo[1] ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio[2] agi [: quod si post examinationem[3] reprobatae fuerint pensationes[4], verius est[5] quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio[6] rei iudicatae opponenda est][7]
〈quod si iudex rationum compensationis habuerit non exceptionem rei iudicatae,
sed exceptio pecuniae pensatae opponi potest〉.

---

1) Marrone, Ann.Pal.24, 222: [quocumque modo] 〈ex libero arbitrio〉. Für Unechtheit auch Solazzi, Compensazione, 16. In der Tat steht der Passus im Gegensatz zum folgenden quod si potest ... Er entspricht aber dem klassischen Recht. In diesem Sinne Provera, Iud.contr., 23 N.23. Vgl.unten S.236

2) Echt nach Marrone, Ann.Pal.24, 216 f.N.263; a.A.Biondi, Ann.Pal.7,78

3) Unklassisch nach Partsch, Aus nachg.Schr., 73; Solazzi, Compensazione, 16.

4) Unerfindlich, warum Plural: Biondi, Ann.Pal.24, 78; Solazzi, Compensazione, 16. Beseler, Beiträge 2, 140; 4, 200 nimmt sogar an pensatio = Kompensation Anstoß. Dagegen Partsch, Aus nachg.Schr., 73.

5) Beseler, Beiträge 2, 140: Es fehlt eine Gegenmeinung. Dazu Kreller, Festschr.Koschaker II, 204 N.52; Marrone, Ann.Pal.24, 223 f.: Sie ist von den Kompilatoren gestrichen.

6) Exceptio steht im Widerspruch zum vorangehenden agi... non posse; vgl.Marrone, Ann.Pal.24, 221 N.271.

7) [quod si - opponenda est] : Beseler, Beiträge 2, 140 f.; 4,199 f.; Biondi, Ann.Pal.7, 74;78; Partsch, Aus nachg.Schr., 73 f.; Kreller, Festschr.Koschaker II, 203; Provera, SDHI 8, 114, N.3; Iud.contr., 21 N.20; Solazzi, Compensazione, 16; Schwarz, ZSSt. 71, 183; 192 ff.; vgl. auch Marrone, Ann. Pal.24, 220 f., der jedoch die Stelle im wesentlichen für echt hält (unten S.233 f.).

2. D.16,2,7,1 (L.28 ad ed.):

Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim [rei iudicatae 〈pecuniae pensatae〉 exceptio][1] obici potest. [aliud dicam si reprobaverit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio][2].

3. D.27,4,1,4 (1.36 ad ed.):

Praeterea si tutelae iudicio[3] quis conveniatur reputare potest id quod in rem pupilli impendit [: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus][4]. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuerit, an contrario iudicio[5] experiri possit? et utique potest [: sed si reprobata est haec reputatio et adquievit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire][6].

---

1) Guarneri Citati, Bullettino 33, 214 N.1: Gegen die Echtheit spreche die Zubilligung einer exceptio anstelle der ipso-iure-Konsumption. Vgl. unten S. 238 f. Anders Marrone, Ann.Pal.24, 222: Weil die Gegenforderung nicht von der litis contestatio ergriffen werde, sei immer eine Einrede erforderlich.

2) [aliud - exceptio] : Beseler, Beiträge 2, 140 f.; 4, 200; Partsch, Aus nachgel.Schr., 75; Levy, Konkurrenz II 1, 151 N.4; Solazzi, Compensazione, 18 ff.; Provera, Iud.contr., 21 N.22. Für Echtheit der ganzen Stelle bis auf das überflüssige [quasi non existente debito], das ungerechtfertigterweise den Anschein einer "positiven" Funktion der exc.rei iud.erwecke, Marrone, Ann. Pal.24, 226 ff.
Die Stelle ist von Lenel, ZSSt. 4, 115; Paling.II, Nr.813 N.1; Appleton, Compensation, 135 auf die actio cum compensatione bezogen worden. Da jedoch der Richter kompensiert, gehört sie zu den bonae fidei iudicia: Partsch, Aus nachgel.Schr., 75; Eisele, ZSSt. 21, 46 N.3; Biondi, Ann.Pal.7, 41; Guarneri Citati, Bullettino 33, 214 N.1; Levy, Konkurrenz II 1, 151 N.4; Solazzi, Compensazione, 76; Marrone, Ann.Pal.24,226.

3) Bonae fidei iudicium: Gaius 4,62.

4) Im klassischen Recht konnte der tutor nicht in dieser Weise wählen; die Verrechnung lag im Ermessen des Richters: Partsch, Neg.gest., 61 N.2; Solazzi, Compensazione, 19 N.28; Marrone, Ann.Pal.24, 228.

5) [contrario] 〈rescissorio〉 Partsch, Neg.gest., 61 N.2; Aus nachgel.Schr., 74 N.204; Biondi, Ann.Pal.7, 88. Für Echtheit Provera SDHI 8, 125; Iud.contr., 21 N.21; 48 ff.; Solazzi, Compensazione, 19 N.29; Marrone, Ann. Pal.24, 228 N.298.

6) Beseler, Beiträge 2, 141; 4, 200; L.Mitteis, ZSSt.33,207; Solazzi, Compensazione, 19 f.; Provera, Iud.contr., 49; - [iudex] 〈praetor〉 : Eisele, ZSSt.18,23; vgl.Partsch, Aus nachgel.Schr., 74 N.204; wenigstens [et adquievit] : Partsch, Neg.gest., 61 N.2 und aaO.,74. - Interpolationsverdacht wegen Subjektwechsels: vgl.Eisele, aaO.; Partsch, aaO.; Marrone, Ann.Pal.24,229 N.301.
Die Nichterwähnung der exceptio rei iud.in diesem Prag-

Aus den überlieferten Texten ergibt sich also: Hat der Richter nicht kompensiert, nämlich weil er a) die Gegenforderung absichtlich oder unabsichtlich außer Betracht gelassen hat; b) die Aufrechnung für unzulässig hielt; c) wegen Nichtbestehens der Klageforderung freigesprochen hat, so kann der Beklagte seine Gegenforderung im iudicium contrarium geltend machen. Hat der Richter hingegen die Kompensation abgelehnt, weil die Gegenforderung gar nicht existiere, so steht einem zweiten Prozeß über diese die exceptio rei iudicatae entgegen[1]. Entscheidet er über die Existenz der Gegenforderung positiv, kompensiert er also [2] - so muß man ergänzen - steht der Klage auf die Gegenforderung jedenfalls die Rechtskraft nicht entgegen[3].

Marrone [4] hält diese Entscheidung für klassisch. Zweifellos ist sie es, soweit sie den Fall betrifft, daß der Richter nicht kompensiert hat, ohne den Bestand der Gegenforderung zu verneinen, nämlich weil er die Klageforderung für unbegründet oder die Aufrechnung für unzulässig hielt. Die exceptio rei iudicatae erklärt Marrone mit der Erwägung, daß über die Gegenforderung

---

Fortsetzung d.Fußn. 6 von Seite 227

ment erklärt Marrone, Ann.Pal. 24, 229 f., damit, daß die exceptio unter Justinian ihre technische Funktion eingebüßt hatte, daher gestrichen wurde. Eine andere, D.3,5,7,2 und 16,2,7,1 bearbeitende Kompilatorenkommission habe sie dagegen stehen gelassen.

1) Ebenso § 322 II ZPO.

2) Kompensiert der Richter, obwohl die Existenz der Klageforderung noch nicht feststeht, so geht er prozessual nicht ordnungsmässig vor. In diesem Fall kann die Entscheidung über die Gegenforderung nicht in Rechtskraft erwachsen. Vgl.dazu im geltenden Recht den Gegensatz der Beweiserhebungstheorie (statt vieler: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm.IV 2 c zu § 145 ZPO) und der Klageabweisungstheorie (Stölzel, Schulung II, S.307 ff.; ZZP 24, 166 f.). Nach der Klagabweisungstheorie bleibt die Rechtskraft sowohl hinsichtlich der Klageforderung als auch der Gegenforderung in der Schwebe.

3) Stampe, Compensation, 48 f.; F.Leonhard,Aufrechnung,51.

4) Ann.Pal.24, 220 f.

entschieden sei. Zwar erstrecke sich die litis contestatio nicht auf sie[1]; aber gerade dieser Umstand bewirke, daß auch im iudicium legitimum bei einer actio in personam in ius concepta keine ipso iure wirkende Konsumption der Gegenforderung stattfinde. Deshalb habe in jedem Fall die exceptio rei iudicatae eingegriffen. Dabei habe sich die Wirkung dieser Einrede - wie es klassischen Grundsätzen entspreche - auf die sogenannte negative Funktion beschränkt [2], d.h. sie habe das erneute Einklagen verhindert, ohne Richter späterer Prozesse an die Richtigkeit der Entscheidung zu binden[3]. Im Falle der Verrechnung durch den Richter sei die exceptio rei iudicatae dagegen überflüssig gewesen, weil das Erlöschen der Gegenforderung ihr Einklagen in einem weiteren Prozeß verhindert habe[4].

Richtig ist zunächst, daß eine prozeßrechtliche exceptio im bonae fidei iudicium nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Eine solche Einrede ist nicht etwa im Hinblick auf die bonae-fidei-Klausel überflüssig[5]. Im übrigen aber geht Marrones Ansicht von zwei Thesen aus, die gerade erst zu beweisen sind, nämlich einmal, daß die richterliche Kompensation materiell wirkt, und zum anderen, daß die Entscheidung über die Gegenforderung - modern gesprochen - an der Rechtskraft teilnimmt, obwohl die litis contestatio nur die Klageforderung betrifft.

---

1) Marrone, Ann.Pal. 24, 224.
2) Marrone, Ann.Pal.24, 225. Ebenso Partsch, Aus nachg. Schr., 75 f. Dagegen meint Beseler, Beiträge 2, 139 f., die negative Funktion der späteren exceptio rei iud. sei im klassischen Recht durch eine anders benannte Einrede wahrgenommen worden, so daß der Ausdruck 'rei iudicatae' auf Interpolation hindeute. Vgl. zur "positiven" und "negativen" Funktion der exceptio rei iud. L.Mitteis, ZSSt. 33, 207 ff.
3) Vgl.Marrone, Ann.Pal. 24, 225 mit weit.Lit.
4) Marrone, Ann.Pal. 24, 225 f. im Anschluß an Krüger, Consumption, 149 ff. (mir nicht zugänglich).
5) Vgl. unten S. 238 f.

Die Digesten bringen - wie gesagt - in den zitierten Fragmenten zum Ausdruck, daß nur dem Einklagen der in ihrem Bestande im Vorprozeß verneinten Gegenforderung die exceptio rei iudicatae entgegenstehe, nicht aber dem Einklagen der in ihrer Existenz bejahten und deshalb durch die Kompensation "verbrauchten". Diese Stellungnahme ist indessen nicht nur damit zu rechtfertigen, daß nach den Digesten im Falle negativer Entscheidung - nicht aber dem positiver - über das Bestehen der Gegenforderung die Rechtskraft auf diese Entscheidung erstreckt wird. Vielmehr läßt sich dieses Ergebnis auch ohne eine solche Ausweitung der Rechtskraft herleiten, und zwar mit Rücksicht auf die Gestaltungswirkung eines kompensierenden Urteils.

Hat nämlich der Richter des ersten Prozesses das Bestehen der Gegenforderung verneint, so kann der Richter des zweiten nur verurteilen, wenn er dem Urteil des ersten Richters nicht folgt. Er müßte die Klageforderung des ersten Prozesses[1] anders als der erste Richter für nicht bestehend halten; denn bestünde die Klagforderung des ersten Prozesses, müßte er die im zweiten Prozeß geltend gemachte Gegenforderung verrechnen , so daß die Klage auf jeden Fall unbegründet wäre.

Das gilt allerdings nur unter drei Voraussetzungen. Die erste ist die, daß alle Forderungen, die sich aufrechenbar gegenüberstehen, nach richterlicher Kompensation als von dem Zeitpunkt ab erloschen gelten, in dem sie sich aufrechenbar gegenübertraten. Die zweite ist, daß der Richter immer kompensieren muß, wenn sich Forderungen kompensabel gegenüberstehen oder -standen, und schließlich die dritte, daß die exceptio rei iudicatae "positive" Funktion hat[2], d.h. die Entscheidung über

---

1) die im klassischen Prozeß durch die litis contestatio auf jeden Fall untergegangen ist. Die folgenden Erwägungen erweisen sich schon aus diesem Grunde als unklassisch.

2) Vgl.dazu Beseler, Beiträge 2, 140 f.; L.Mitteis,ZSSt. 33, 207 ff.

das Bestehen der Klageforderung im ersten Prozeß alle später über die gleiche Frage entscheidenden Richter bindet.

Außerdem ist die Folgerung, die R e c h t s - k r a f t der positiven Entscheidung über die Klageforderung hindere schlechthin eine Verurteilung auf Grund der Gegenforderung im zweiten Prozeß, nicht präziese. Die Abweisung der Klage aus der Gegenforderung scheitert nämlich nur dann an der Rechtskraft des ersten Urteils, wenn der Richter des zweiten Prozesses der Klage mit der Begründung stattgeben will, die Klageforderung des ersten Prozesses sei unbegründet. Kommt er dagegen zu dem Ergebnis, sie sei begründet, außerdem aber auch die Gegenforderung, so muß er die Klage aus materiellem Grund abweisen, nämlich wegen Erlöschens der Gegenforderung auf Grund von Kompensation. Schon diese Begriffsverwirrung erweckt den Verdacht, daß die zitierten Stellen von den Byzantinern überarbeitet worden sind[1].

In den genannten Kriterien dürfte der Schlüssel zum Verständnis der hier als interpoliert bezeichneten Stellen zu finden sein. Es handelt sich um die Auswirkung des justinianischen Satzes 'ipso iure compensatur'[2],

---

1) Vgl. über die Begriffsverwirrung im justinianischen Kompensationsrecht Kreller, ZSSt. 49, 515.

2) C.4,31,14: Compensationem ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus ...; Inst. 4,6,30 ; Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant ...; vgl. D.16,2,21 itpl. (oben S.[illegible]); Alex. Sev. C.4,31,4: Si <ex contractu argentario agatur et> constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi ex eo tempore, ex quo ab [utraque parte] <argentario> debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud [alterum] <argentarium> est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. Das Reskript hat im Original sicherlich die Klage eines Argentariers betroffen (Biondi, Compensazione, 150 f.; Solazzi, Compensazione, 151 f.). Da dieser iure civili nur den Saldo einklagen konnte (vgl. oben S.[illegible]), hat er - soweit eine Verzinsung überhaupt rechtsgültig vereinbart war - im Zweifel nur einen Zinsanspruch in Höhe des Saldos. [pro soluto]: Brinz, Compensation, 22; Eisele, Compensation, 153 ff.; Appleton, Compensation, 463; Biondi, aaO., Solazzi, aaO. 151; Rezzonico, Compensazione, 17. Nach der hier vertretenen Ansicht von der materiellen Voraussetzung

d.h. sich kompensabel gegenüberstehende Forderungen gelten kraft Richterspruchs, soweit sie sich decken (quoad concurrent quantitates), rückwirkend als erloschen[1].

Damit konnte die verrechnete Forderung nicht mehr geltend gemacht werden. Dem Einklagen der in ihrer Existenz vom Richter des ersten Prozesses verneinten Gegenforderung stand nach Ansicht der Byzantiner die rechtskräftige Entscheidung über das Bestehen der Klageforderung im ersten Prozeß entgegen; denn sie besagt, daß der Kläger vom Beklagten trotz der Regel 'ipso iure compensari' Zahlung verlangen kann und mithin, daß eine Gegenforderung nicht besteht. Die Rechtskraft der Entscheidung über das Bestehen der Hauptforderung führte auf diese Weise mittelbar dazu, daß der Richter eines späteren Prozesses die Gegenforderung nicht mehr als begründet ansehen durfte. So war es für die Byzantiner entbehrlich, die Rechtskraft ausdrücklich auf die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zu erstrecken. Sie ließen - wenigstens in diesem Fall - die Gründe der Entscheidung an der Rechtskraft teilnehmen.

Erklärt sich die überlieferte Fassung der einschlägigen Digestenstellen aus den Prinzipien des justinianischen Rechts, so ist damit noch nicht gesagt, wie Ulpian entschieden hat. Eine materielle Wirkung der richterlichen Kompensation ist in Anbetracht des Zusammenhanges

---

Fortsetzung Fußn. 2 von Seite 231
der actio cum compensatione muß der Zusatz nicht unbedingt unecht sein. Die Klassizität der Zinsentscheidung bezweifeln Biondi, aaO., Kreller, ZSSt. 49, 515; dagegen hält sie mit Solazzi, aaO., 152, zutreffend für echt.

1) Vgl. Kipp, RR, 280, Wenger in: Allg.Rechtsgeschichte I, Oriental.Recht und Recht der Griechen und Römer, 248; Biondi, Compensazione, 140 ff.; Kreller, ZSSt. 49, 515; Solazzi, Compensazione, 147; Kaser, RPR II, 324. Ungenau ist es, wenn Marrone, Ann.Pal.24,225 N.228 dem kompensierenden Urteil nur "feststellende" und keine gestaltende Kraft zuweist; denn bei nur feststellender Wirkung hätte die exceptio rei iud. von den Kompilatoren auch für den Fall der Verrechnung bemüht werden müssen.

in dem Gaius die Verrechnung behandelt[1], ganz unwahrscheinlich. Zwar meint Stampe[2], eine Befugnis des iudex, materielle Rechtsänderungen zu vollziehen, sei nichts Außergewöhnliches; sei doch in den iudicia divisoria der Richter besonders zur adiudicatio[3] ermächtigt. Aber gerade diese besondere Adjudikationsermächtigung spricht gegen eine ähnliche Befugnis in allen iudicia bonae fidei. Nach der gewöhnlichen Formel soll der iudex nur verurteilen, aber nicht in materielle Rechte gestaltend eingreifen[4]. Die Formel der iudicia bonae fidei ohne adiudicatio geht also auf eine nur prozessuale Wirkung. Es ist deshalb abzulehnen, dem Urteil des im bonae fidei iudicium kompensierenden Richters materiellrechtliche Bedeutung beizumessen. Damit bleibt die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung trotz Kompensation durch den Richter bestehen. Die "Gestaltungswirkung" des kompensierenden Urteils ist erst eine Errungenschaft der Nachklassik, die den Formularprozeß nicht mehr kannte.

Das Einklagen der verrechneten Gegenforderung kann deshalb auch im Falle der bonae fidei iudicia nur aus prozeßrechtlichen Gründen verhindert werden[5]. Als Behelfe bieten sich die exceptiones rei iudicatae - im iudicium legitimum bei actio in personam in ius concepta die Absolution ohne Einrede - und pecuniae pensatae an. Zwar könnte man zweifeln, ob es im bonae fidei iudicium überhaupt einer Einrede bedurfte. Aber bevor festgestellt werden kann, ob der Tatbestand der betreffenden Einrede schon in der bonae-fidei-Klausel enthalten ist, muß dargelegt werden, welcher Einredetatbestand überhaupt in Frage kommt.

---

1) Oben S.225 f.
2) Compensationsverfahren, 50 f.
3) Vgl. Wenger, Inst., 198; 135.
4) Siber, RR II, 274; auch unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckung des aufrechnenden Urteils ist eine materielle Wirkung nicht zu konstruieren; denn die Vollstreckung ist Sache des Magistrats, nicht des iudex: Siber, Compensation, 24.
5) Vgl. Dernburg, Compensation, 84 f.

Was die exceptio pecuniae pensatae anbelangt, so stellt sich ebenso wie beim cum compensatione agere die Frage, ob das iudicium auch die Gegenforderung ergreift. Die herrschende Meinung nimmt an, durch die Berücksichtigung der Gegenforderung im Urteil - sei es, daß der Richter verrechnet oder die Kompensation ablehnt, weil die Gegenforderung nicht besteht - werde über diese iudiziert.[1]

---

1) Brinz, Compensation, 112; Eisele, Compensationsverfahren, 31; KritVJSchr.29,40; Stampe, Compensation, 47 ff. (mit der Einschränkung auf die negative Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung - vgl. oben S. - ebenso F.Leonhard, Aufrechnung, 51); Siber, Compensation, 33 ff.; 40 f.; Pernice, Labeo II 1, 277; H. Krüger, Grünhuts Ztschr.XXV(1898/99), 755; Solazzi, Compensazione, 29; 75 (er hält neben der exceptio rei iud. aber auch die exceptio doli für möglich); Marrone, Ann.Pal. 24, 218 f.; 224; Kaser, RPR I, 539, meint, die Gegenansprüche würden nicht vom iudicium erfaßt, wenn der Richter nicht verrechnet, läßt aber die Entscheidung für den Fall offen, daß er es tut. - Gegen die im 19.Jahrhundert vertretene Ansicht, das spätere Urteil bewirke eine gleichsam "bedingte" Rechtshängigkeit der Gegenforderung, Stampe, Compensation,48; Appleton, Compensation, 118f; Geib, Compensation, 139.

Biondi, Compensazione, 6 f.; 18 f., leitet die Möglichkeit, Gegenforderungen ins iudicium zu deduzieren, aus einer angeblichen "Reziprozität" aller Formeln mit bonae-fidei-Klausel ab. Dagegen Kreller, ZSSt. 49, 508 ff.; Solazzi, aaO., 34 ff.; Jörs-Kunkel, RPR3, 202 N.6; Biondis Idee tauchte schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auf. Vgl. dagegen die Ausführungen von Dernburg, Compensation, 61 ff.; Appleton, Compensation, 232 N.1; 239; Eisele, Compensation, 31 N.31; Geib, Compensation, 138; der Gedanke klingt auch bei Girard-Senn, Manuel, 750, an.

Kreller,RRG,160; IURA 2, 218 f. im Anschluß an Siber, RR II, 274 (zustimmend Schwarz, ZSSt. 71, 193): Es handelt sich nicht um die Verrechnung gleichartiger, in ihrem Entstehungsgrund voneinander unabhängiger Forderungen, sondern um die einheitliche Abwicklung vollkommen oder unvollkommen gegenseitiger Schuldverhältnisse. Das geschieht dadurch, daß der Kläger als Ersatz für die Nichterfüllung des Vertrages nur die Differenz zwischen dem Wert der ausgebliebenen Leistung und dem der ersparten eigenen Leistung erhält, also im Sinne der modernen Differenztheorie. Lehnt der Richter dagegen die Kompensation ab, so verfährt er nach der Austauschtheorie. Mit dieser Deutung ist allerdings nicht gesagt, ob der Richter dieses Ergebnis auf materiellrechtlichem oder prozessualem Wege erreicht und ebensowenig, wie der Beklagte gehindert wird, seine verrechneten Gegenforderungen in einem zweiten Prozeß einzuklagen.

Nach Marrone[1] deduziert dabei die litis contestatio nur den Klageanspruch in iudicium.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als sich die Streitbefestigung tatsächlich nur auf die mit der Klage geltend gemachte Forderung erstreckt. Wenn die Formel auch eine intentio incerta enthält, so bezieht sich die Ungewißheit, in welcher Höhe zu verurteilen ist, doch stets nur auf die Klageforderung, nicht aber darauf, ob der Beklagte Gegenforderungen hat oder in welcher Höhe. Diese sind nur mittelbar von Bedeutung, insofern sie die Höhe der Klageforderung mindern können - möglicherweise sogar bis zum Betrage null. Darüber hinaus bliebe es aber auch unerfindlich, wie die bloße Berücksichtigung der Gegenforderung durch den iudex sie zum Gegenstand des iudicium machen soll. Die res des Rechtsstreits ist von den Parteien mit der litis contestatio festgelegt. Sie streiten allein darüber, was der Beklagte dem Kläger ex fide bona zu leisten hat[2]. F. Schwarz[3] drückt das dahin aus: "Der klassische Prozeß ist prinzipiell unilateral". Die iudicia duplicia sind eine Spezialerscheinung mit besonderer Gestaltung der Formel[4]. Alle Vorfragen haben nur unter diesem Gesichtspunkt Bedeutung. Es wäre willkürlich, irgendeinen Anspruch als zur res gehörig anzusehen, nur weil er bei der Entscheidung des Streites über die Klageforderung "mit abfällt"[5]. O h n e b e s o n d e r e p o s i t i v e B e s t i m m u n g b l e i b t a u c h d i e z u r A u f r e c h n u n g g e s t e l l t e G e g e n f o r d e r u n g n u r

---

1) Ann.Pal., 24, 218 f.; 224. Er leitet daraus lediglich ab, daß es keine absolutio des Beklagten wegen Konsumption gab, sondern daß auch bei persönlicher, in ius konzipierter actio im iudicium legitimum die exceptio rei iud. nötig war. Die Digesten - vgl. oben S.[illegible] - gewähren die exceptio rei iud. nämlich schlechthin. Das erklärt sich aber daraus, daß nach dem Absterben des klassischen Formularprozesses die exceptio untechnisch aufgefaßt wurde, von ihr also in Fällen die Rede ist, die ursprünglich von der denegatio actionis erfaßt wurden.
2) Vgl.Provera,Iud.contr., 24; F.Schwarz,ZSSt. 71, 193 f.
3) ZSSt. 71, 193; in diesem Sinne auch Provera,Iud.contr., 24 ff.; Marrone, Ann.Pal.24, 218 f.
4) F.Schwarz, ZSSt. 71, 193.
5) Vgl.Geib,Compensation, 143.

ein für das Urteil präjudizielles Rechtsverhältnis[1].

Wie anläßlich der actio cum compensatione dargelegt[2], hindert auch die Rechtskraft der Entscheidung über die Klageforderung des ersten Prozesses ein Einklagen der Gegenforderung nicht, wenn diese - wie hier - weder materiell noch prozessual vom Urteil berührt wird.

Damit scheidet die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae - im iudicium legitimum die denegatio actionis wegen Konsumption - als Rechtsbehelf gegen das Einklagen der Gegenforderung nach der litis contestatio aus. In die Lücke paßt aber wiederum die exceptio pecuniae pensatae[3]. Sie findet u.a. in allen Fällen Anwendung, in denen der Richter kompensiert, also das Bestehen der Klage — wie der Gegenforderung im Vorprozeß angenommen hat. Zu verlangen ist nämlich, daß prozessual einwandfrei verrechnet worden ist. Spricht der Richter nur deswegen frei oder mindert er den Betrag der Verurteilung nur deshalb, weil zwar die Gegenforderung liquide, die Klageforderung aber illiquide ist, so greift die exceptio pecuniae pensatae nicht durch, und der Beklagte kann seine Gegenforderung in einem neuen Prozeß einklagen.[4]. Die exceptio pecuniae pensatae betrifft dagegen nicht die Fälle, in denen der Richter eine Verrechnung abgelehnt hat, sei es, daß er schon wegen Nichtbestehens der Klageforderung absolvierte, die Verrechnung für unzulässig oder für inopportun oder die Gegenforderung für nicht existent hielt[5]. Daß der zuletzt genannte Fall von der Einrede nicht ergriffen wurde, ist verständlich; denn eine zweite Prüfung der gleichen Forderung ist besonders dann unangebracht, wenn der Beklagte des ersten Prozesses schon durch die Aufrechnung seiner Gegenforderung profitiert hat.

1) In diesem Sinne Dernburg, Compensation, 84; Geib, Compensation, 137 ff.; 221 f.; Schwarz, ZSSt. 71, 193.
2) Oben S. 214 ff.
3) von Lübtow, Cato, 384; er hält aber auch die exceptio doli für möglich; unsicher, ob exc.pec.pens. oder rei iud. für das gemeine Recht Dernburg, Compensation, 580 f.
4) In diesem Falle kann allerdings der Kläger seine Forderung nicht erneut gerichtlich geltend machen. Vgl. Gaius 3, 180. Anders das geltende Recht; vgl. oben S. 228 N. 2.
5) So für die exceptio rei iud. Solazzi, Compensazione, 19; Rezzonico, Compensazione, 28 f.; vgl. auch Schwarz, ZSSt. 71, 193 f.

Nicht kompensiert ist schließlich auch, s o l a n g e das Urteil die Gegenforderung nicht von der Klageforderung abgesetzt hat. Bis dahin könnte deshalb der Beklagte seinen Gegenanspruch einklagen, ohne daran durch die exceptio pecuniae pensatae gehindert zu sein. Der Tatbestand der exceptio pecuniae pensatae ist also gegenüber dem der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae insofern enger, als die Verrechnung bereits erfolgt sein muß und es nicht genügt, daß der Streit befestigt ist. Das überrascht nicht, weil ja die Gegenforderung von der litis contestatio über die Hauptforderung nicht berührt wird[1]. Bei den bonae fidei iudicia führt das zu keinen Schwierigkeiten, da der Richter des ersten Prozesses eine bereits eingeklagte Gegenforderung nicht verrechnen kann; denn sie ist durch die litis contestatio untergegangen[2]. Bei der obligatorischen Verrechnung (cum compensatione und cum deductione agere) ist mit der exceptio doli zu helfen .

Was hier für die Kompensation im bonae fidei iudicium gesagt ist, gilt entsprechend für die actio cum deductione des bonorum emptor[4], so daß die exceptio pecuniae pensatae in allen drei gajanischen Verrechnungsverfahren ihren Platz hat.

---

1) Eisele, ZRG 10, 470, nimmt fälschlich auch eine 'exceptio rei in compensationem deductae' an, da er die Gegenforderungen beim cum compensatione agere zu Unrecht als ins iudicium deduziert auffaßt. Vgl. oben S.220; Marrone, Ann.Pal.24, 230, scheidet dagegen von seiner Ansicht aus folgerichtig die exc.rei in iud. deductae für die Aufrechnung aus.

2) Vgl. Gaius 3, 180.

4) Vgl. oben S.221ff.

Wie schon angedeutet, ist allerdings zu bedenken, daß es sich bei den im bonae-fidei-Verfahren kompensierten Forderungen jedenfalls bis zu dem Reskript Mark Aurels[1] um ex eadem causa stammende, also ebenfalls im bonae-fidei-Prozeß geltend zu machende Ansprüche handelt. Man kann deshalb fragen, ob es überhaupt einer Einrede bedarf oder ob nicht die bonae-fidei-Klausel bereits genügt, um eine Verurteilung auf Grund einer Klage des Beklagten des Vorprozesses aus der dort verrechneten Gegenforderung zu verhindern.

Die Frage, ob für die exceptio rei iudicatae trotz der bonae-fidei-Klausel Raum ist, entscheidet Biondi[2], zuungunsten der exceptio, indem er sich auf Gaius D.50,17,57 (l.18 ad ed.prov.). Die Stelle lautet:

Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.

Die ~~Stelle~~ ist jedoch nicht geeignet, Beweis für einen allgemeinen Satz zu erbringen, wonach die exceptio rei iudicatae gleichsam ohne weiteres in allen bonae fidei iudicia enthalten ist. Sie stammt aus einer Spezialmaterie, nämlich dem Legatsrecht[3], und ihr Sinn ist durch die Aufnahme unter die 'regulae iuris' des 50.Buches der Digesten verfälscht worden[4]. Das Fragment

---

1) Vgl. oben S. 197; 205 mit N.2.
2) Ann.Pal.7,38 ff.; im gleichen Sinne schon Partsch, Aus nachgel.Schriften, 74 f.
3) Lenel, Pal.I, Nr.316; Marrone, Ann.Pal.24, 222 f.N.275.
4) Alibrandi,Opere I, 170; Eisele, AcP 79, 334; Peters, ZSSt.32,288; Pernice,Labeo II 1, 192 f.; Levy Konkurrenz II 1, 49 N.1; Beseler, Studi Bonfante II, 81 ("für den Titel zurechtgemacht"). - Die Wendung exigere ist nach Levy, Konkurrenz II 1, 150 f. verdächtig, da als Stichwort der Solutionskurrenz bei den Kompilatoren beliebt. - Biondi, Ann.Pal. 7,38ff., stützt seine These außerdem auf eine Anzahl von Quellenstellen, in denen wegen erneuter Klage auf denselben Gegenstand im bonae fidei iudicium nicht ausdrücklich eine exceptio gewährt, sondern die Klage schlechthin als erfolglos bezeichnet, wird oder in denen seiner Ansicht nach die exceptio rei iudicatae interpoliert ist. Dagegen Levy, aaO., 151 mit N.4; Marrone, Ann.Pal. 24, 222 mit N.275.

muß ursprünglich einen speziell legatsrechtlichen Sachverhalt zum Gegenstand gehabt haben, bei dem es treuwidrig wäre, das Vermächtnis zweimal zu fordern. So liegt der Fall in Julian D.30,86,1 (l.34 dig.), wo dieselbe Sache erst im Testament und sodann im Kodizill vermacht worden ist [1].

Eine Klage aus einem Anspruch, der bereits einmal in einem Prozeß geprüft worden ist, muß dagegen nicht immer treuwidrig sein. Der Kläger kann durchaus redlichen Sinnes und ohne grobe Nachlässigkeit glauben, seiner Klage sei zu Unrecht nicht stattgegeben worden - mag er z.B. von der Unrichtigkeit einer Zeugenaussage überzeugt sein oder die Rechtsansicht des iudex mit wenigstens subjektiv guten Gründen für falsch halten. Darauf kommt es aber für die exceptio rei iudicatae nicht an. Sie betrifft eine prozessuale Frage, die mit der bona fides nichts zu tun hat. Für solche nur das Prozeßrecht angehende Exzeptionen ist auch im bonae fidei iudicium Raum[2].

Was für die exceptio rei iudicatae gilt, nämlich daß sie auch im bonae fidei iudicium gegeben wird, ist auch für die exceptio pecuniae pensatae anzunehmen; denn sie betrifft ebenfalls einen prozeßrechtlich erheblichen Sachverhalt.[3]

Die exceptio pecuniae pensatae findet demnach zunächst Anwendung, um den Kläger mittelbar zur Aufrechnung zu zwingen. Es handelt sich dabei um die Fälle der Klage des Kunden gegen den Bankier, den Judikatsprozeß[4]

---

1) Marrone, Ann.Pal.24,222 f.N.275, und vor allem ins einzelne gehend Pernice, Labeo II 1, 192 ff. Die Stelle lautet: Si testamento Stichus ab uno herede legatus fuerit Maevio et eidem codicillis idem Stichus ab omnibus heredibus et antequam codicilli aperirentur Maevius litis aestimationem consecutus fuerit, ipso iure vindicari ex codicillis non potest, quia testator semel legatum ad eum pervenire voluit.
2) Heumann-Seckel, s.v. exceptio (S. 182).
3) Von seinem Standpunkt aus, nach dem das Einklagen einer bereits kompensierten Forderung nur unter dem Gesichtspunkt des dolus zu erfassen ist (vgl.oben S.220f.) nimmt Solazzi, Compensazione, 29, folgerichtig an, im bonae fidei iudicium bedürfe es keiner Einrede, um die Klage aus der bereits verrechneten Gegenforderung abzuwehren.
4) Vgl. dazu oben S.199 mit N.6.

sowie seit dem Reskript Mark Aurels um alle iudicia stricti iuris. Außerdem dient sie dazu, den Beklagten, dessen Gegenforderungen beim agere cum compensatione, beim agere cum deductione und im iudicium bonae fidei verrechnet worden sind, daran zu hindern, diese Gegenansprüche in einem neuen Prozeß gegen den Kläger des ersten Prozesses einzuklagen.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß eine besondere exceptio pecuniae pensatae im klassischen Recht durchaus Existenzberechtigung hatte. Durch den justinianischen Satz ipso iure compensari wurde sie überflüssig, nachdem sie schon vorher für einen Teil ihrer Anwendungsfälle von den Nachklassikern durch die exceptio doli ersetzt worden war. Die Kompilatoren haben sie deshalb bis auf die von ihnen offenbar übersehene Erwähnung in D.23,3,19,3 gestrichen. Ihrem Gehalt nach war sie ursprünglich nur in einem ihrer Anwendungsfälle - der Klage des Kunden gegen den Bankier - ein auf die Argentariergeschäfte beschränkter Rechtsbehelf, d.h. eine exceptio 'argentaria'. In den anderen ergänzte sie die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, die in Ulpian D.22,3,19,3 sofort nach ihr genannt wird. Es besteht also ein sachlicher Zusammenhang sowohl mit der von Ulpian vor ihr erwähnten exceptio procuratoria[1] als auch mit der von ihm nach ihr erwähnten exceptio rei iudicatae. Sie muß ursprünglich im Ediktstitel 'si ex contractibus argentariorum agatur'[2] proponiert gewesen sein und ist von der Praxis auf andere Fälle ausgedehnt worden.

Mit den von den Argentariern vorgenommenen Auktionsverkäufen haben unmittelbar nach alledem nur zwei der sogenannten exceptiones argentariae zu tun - die exceptio mercis non traditae und die exceptio redhibitionis. Nur sie sind speziell gegen die strengrechtliche Kaufpreis-

---

1) Handeln alieno nomine. Vgl. Lenel, Edictum, 502 f.
2) Vgl. Lenel, Edictum, 503 ff.

klage des Bankiers gerichtet, während umgekehrt die exceptio pecuniae pensatae dem Argentarier hilft.

Lebenslauf

Ich, Georg Thielmann, wurde am 14. November 1930 als Sohn des praktischen Arztes Dr. Paul Thielmann und seiner Ehefrau Maria-Magdalena, geborene Amstein, in Berlin geboren. Nach dem Besuch der Volksschule wurde ich 1941 in die Oberschule in Berlin-Reinickendorf aufgenommen. An ihr bestand ich im Juni 1949 die Reifeprüfung.

Vom Wintersemester 1949/50 bis zum Sommer 1953 studierte ich an der Freien Universität Berlin Rechtswissenschaft. Ich hörte bei den Professoren W.G. Becker, Drath, Heinitz, E. Hirsch, R. Lange, von Lübtow, Oehler, Raape und Wengler. Im Wintersemester 1953/54 und im Sommersemester 1954 war ich an der Freien Universität als Gasthörer immatrikuliert, um an dem zivilrechtstheoretischen Seminar von Herrn Professor von Lübtow teilzunehmen.

Am 2. Dezember 1953 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Berlin die erste juristische Staatsprüfung. Anschließend leistete ich bis zum Juli 1957 den juristischen Vorbereitungsdienst in Berlin ab und bestand am 19. Dezember 1957 die große juristische Staatsprüfung.

Vom 1. Mai 1954 bis zum 30. November 1958 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an dem Lehrstuhl der Freien Universität Berlin für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht von Herrn Professor von Lübtow beschäftigt. Seit dem 1. Dezember 1958 bin ich mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte eines wissenschaftlichen Assistenten an diesem Lehrstuhl beauftragt. Herrn Professor von Lübtow verdanke ich die Anregung zu der vorstehenden Arbeit.